ZEIT IST GELD ?

PROBLEME DES SCHADENSERSATZES FÜR FREIZEITSBEEINTRÄCHTIGUNG

FRIEDRICH LANDWEHRMANN

1970

ZEIT IST GELD?

Probleme des Schadensersatzes für Freizeitsbeeinträchtigung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

FRIEDRICH LANDWEHRMANN

aus Bad Pyrmont

1971

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Heldrich
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Dekan:	Prof. Dr. Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 16. 12. 1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

MEINER FRAU

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547228_0036

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Literaturverzeichnis		VII
Abkürzungsverzeichnis		XXII
Einleitung		1
1. Kapitel:	Ersatz von Freizeitsbeeinträchtigungen unabhängig von ihrer Einordnung als Vermögens- oder Nichtvermögensschäden	3
A)	Definition der Freizeitsbeeinträchtigung	3
	I) Begriff der Freizeit	3
	II) Begriff der Beeinträchtigung	5
B)	Freizeitsbeeinträchtigung als Schaden	6
	I) Freizeit als Rechtsgut (Interesse)	7
	II) Freizeitsbeeinträchtigung als Einbuße i. S. d. natürlichen Schadensverständnisses	8
C)	Schadensersatz nach § 249 Satz 1 BGB	9
	I) Möglichkeit einer Naturalrestitution	10
	1) Möglichkeit der Verschaffung zusätzlicher Freizeit	10
	2) Verschaffung zusätzlicher Freizeit als Herstellung i. S. d. § 249 Satz 1 BGB	12
D)	Schadensersatz nach § 249 Satz 2 BGB	16
2. Kapitel:	Freizeitsbeeinträchtigung als Vermögensschaden i. S. d. §§ 251/253 BGB	19
A)	Die Auffassung der h. M.	21
B)	Die Auffassung Grunsky's	24
C)	Die Auffassung der Rechtsprechung	34
3. Kapitel:	Ersatz von Freizeitsbeeinträchtigungen als immateriellen Schaden	45
A)	Nach § 847 BGB	45
B)	Freizeitsbeeinträchtigungen als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes	47
	I) Aufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	50
	II) Das besondere Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitsgestaltung	53
	1) Notwendigkeit des Schutzes der Freizeitsgestaltung von Störungen durch das Persönlichkeitsrecht	54
	a) Schutz der Selbstentfaltungsfunktion	54
	b) Schutz der Kompensationsfunktion	57

Seite

c) Schutz der Rekreations- bzw. Regenerationsfunktion 63
2) Bedenken gegen die Anerkennung eines besonderen Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung 64
III) Inhalt und Schranken des Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung 69
1) Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG 69
2) Das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs 70
3) Die Abgrenzung aus dem Gemeinschaftsprinzip 76
4) Güter- und Interessenabwägung 79
IV) Schutz des Persönlichkeitsrechts 83
1) Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch 83
2) Schadensersatzanspruch 83
C) Berücksichtigung mittelbarer Freizeitsbeeinträchtigungen 88

Zusammenfassung 91

LITERATURVERZEICHNIS

Askenasy	Über den immateriellen Schaden nach dem BGB, Gruchot Beiträge 70/373 ff.
Bauer	Zur Schadensregulierung bei Invalidität oder Tod eines Betriebsinhabers infolge Verkehrsunfalles, DAR 59/113 ff.
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerb und Warenzeichenrecht, 10. Aufl. (1969), München, Berlin
Beck-Mannagetta	Sind die frustrierten Aufwendungen des Kraftfahrzeugbesitzers ein ersatzfähiger Schaden? ZVerkR 1969 (14. Jg.) S. 281-286 (Heft 11)
Bindhardt	Anspruch auf Ersatz eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist. Diss. Marburg 1935
Blomeyer	Allg. Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin, Frankfurt 1964
Blücher, Viggo von	Freizeit in der industriellen Gesellschaft, Stuttgart 1956
Boehmer, Gustav	Zur Ehestörungsklage, AcP 155/180 ff.
-	Schadensersatzansprüche wegen Verletzung oder Tötung des im Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten, FamRZ 60, 173
-	Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1965
Böhmer, Emil	Immaterieller Schaden ist kein Vermögensschaden, MDR 64/453
Bötticher	Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158/385
-	Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, MDR 63/353
-	Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, München 1965, Bd. II C, S. 7 ff. (zit. Bötticher, 45 DJT Bd. IIC S.)

Bötticher	Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, VersR 66/301
Brusiin	Zum Problem des immateriellen Schadens, Turku 1966
Bussmann	Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretionen zu schützen? Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages Bd. I, Teil I, Tübingen 1957
Bydlinski	Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht. Stuttgart 1964 (zit. Bydlinski, Probleme)
-	Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965 S. 173 ff. u. S. 237 ff.
v. Caemmerer	Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962 (zit. v. Caemmerer, Das Problem)
-	Wandlungen des Deliktsrechts (Sonderdruck aus "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben"), Karlsruhe 1964 (zit. v. Caemmerer, Wandlungen)
Capital	Die Mietmenschen, Capital, August 1969 (Nr. 8) S. 94 ff.
Coing	Ehrenschutz und Presserecht, Karlsruhe 1960 (zit. Coing, Ehrenschutz)
-	Anmerkung zu BGH 25. 5. 1954, JZ 54/1968 (Schachtbriefe)
-	Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 58/558 ff.
Cramer	Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968
Degenkolb	Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, Zugleich als kritischer Beitrag zu § 219 des Deutschen Zivilgesetzentwurfs, AcP 76 (1890) 1 ff.
Despinette	Neue Wege der Freizeitsgestaltung, in: Die Jugendverwahrlosung und ihre Bekämpfung (Hrsg. F. Schneider), Salzburg 1950

Dumazedier	Problèmes actuels de la sociologie du loisir. Revue internationale des sciences sociale (UNESCO) 4, 1960, 564-573
Dürig	Anmerkung zum Urt. des BVerfG vom 16. 1. 1957 - 1 BvR 253/56, JZ 1957/167
Egger	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band Personenrecht, 2. Aufl. Zürich 1930
Eisser	Anmerkung zu BGH JZ 63, 219, Urt. 25. 9. 62, VI ZR 244/61
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
Engisch	Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964
Erdsiek	Zur Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1962/622
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1967 (Münster) Teil I
Esser	Abschluß des Streites um den Ersatz des sog. "merkantilen Minderwertes" bei Unfallwagen? MDR 58/726
-	Richterrecht, Gerichtsgebrauch u. Gewohnheitsrecht. Festschrift für Fritz v. Hippel, S. 95 ff., Tübingen 1967
-	Schuldrecht, allg. Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1968
-	Schuldrecht, bes. Teil, 3. Aufl., Bd. II, Karlsruhe 1969
Fabricius	Ersatz des merkantilen Minderwerts bei Kraftfahrzeugunfällen, JuS 1962/225 ff.
Fikentscher	Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 1969
Fischer, Hans Albrecht	Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Jena 1903
Flume	Richter und Recht, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München 1967, Bd. II K, S. 1 ff.

Freyer	Die Idee der Freiheit im technischen Zeitalter, in: Freiheit der Persönlichkeit (Vortragsreihe des Süddeutschen Rundfunks), Stuttgart 1958
Friedmann	Der Mensch in der mechanisierten Produktion, Köln 1952
Fröhlich	Schadensbemessung und Schadensüberwälzung, ZBl jur. Prax. 31/5501
Frotz	Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft. Bonn 1955. Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 2 Teil II S. 279-308, Rechtsvergleichende Arbeiten Bes. Teil (zit. MatStrafR)
-	Der "Ersatz im Geld" nach § 250 S. 2 BGB, JZ 1963/391
Galbraith	Die moderne Industriegesellschaft, München, Zürich 1968
Geigel	Anmerkung zu LG Hagen in NJW 1963/765, 6. 12. 62 - 1 S 379/62
Gernhuber	Haftung bei alternativer Kausalität (zum Urteil BGH VI ZR 7/60) JZ 1961/148 ff.
v. Gierke	Deutsches Privatrecht, Allg. Teil u. Personenrecht, Leipzig 1895
-	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 2. veränderte und vermehrte Ausgabe, Leipzig 1889 (zit. v. Gierke, Entwurf)
-	Die soziale Aufgabe des Privatrechts, unveränderter Nachdruck, in: Deutsches Rechtsdenken, H. 12, Limburg 1948 (zit. v. Gierke, Soziale Aufgabe)
Groh	Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft, Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages, 2. Bd. stenographischer Bericht, S. 853 ff., Berlin Leipzig 1928
Grunsky	Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968
Habermas	Soziologische Notizen zum Verhältnis von Arbeit und Freizeit, in: Konkrete Vernunft, Festschrift für E. Rothacker, Bonn 1958, S. 219 ff.
Hagen, Horst	Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffes? JuS 1969/61 ff.

Hamann	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1961 Berlin
Hamel	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957
Hanhart	Arbeiter in der Freizeit, Bern, Stuttgart 1964
Hartmann, Peter	Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, NJW 1962/12, 14
-	Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, NJW 1964/793
Hartmann, Nicolai	Ethik, 2. Aufl. Berlin 1935
-	Das Problem des geistigen Seins, 1949, 2. Aufl. Berlin
Haslinger	Bereitschaftsdienste in und außerhalb der Arbeitszeit, Jur. Bl. 1970/79 ff. u. 125 ff.
Heck	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Heldrich	Vergeudung von Freizeit als Vermögensschaden? NJW 1967/1737
-	Schadensersatz bei fehlgeschlagener Familienplanung, JuS 1969/455
-	Compensating Non-Economic Losses in the Affluent Society, Am. J. Comp. L. 1970/22 ff.
Helle	Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, Tübingen 1957 (zit. Helle, Schutz der persönlichen Ehre)
-	Über die Grenzen des negatorischen Ehrenschutzes, NJW 1958/1524
-	Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit und der Ehre gegen Presseangriffe, DRiZ 1963/334 ff.
Henkel, Heinrich	Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. II D, S. 59 ff.
Hochstrasser	Die Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung, Diss. Zürich 1926

Hoppe	Die Schadensersatzpflicht des Wilderers, Möglichkeiten und Notwendigkeit der Naturalrestitution, Diss. Göttingen 1934
Huber, Hans	siehe Schüle
Hubmann	Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956) 86 ff.
-	Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, JZ 1957/521
-	Anm. zum Urt. des BGH v. 19. 9. 1961, VI ZR 259/60 (Ginseng), JZ 1962/120
-	Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln, Graz 1967 (zit. Hubmann, Persönlichkeitsrecht)
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band, 7. Aufl., Berlin, Frankfurt 1963
J. G. Chemie, Papier,	Keramik
	Die zukünftigen Chancen der Freizeit und das Problem der Aufhebung der Arbeit (1965), in: Freizeit und Konsumerziehung S. 131 ff., Göttingen 1968
Johannes	Zum Widerruf ehrenrühriger Behauptungen, JZ 1964/317 ff.
Jhering	Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn JherJb. 18, 1 ff.
Kaufmann, F.	Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB, AcP 162/421
Kaufmann, H.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, JuS 1963/373
Keilhacker	Pädagogische Orientierung im Zeitalter der Technik, Stuttgart 1958
Klang-Wolff	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Band, §§ 1293-1502, Hrsg. v. Heinrich Klang, 2. Aufl., Wien 1951
Knebel	Soziologische Strukturwandlungen im modernen Tourismus, Stuttgart 1960

Kohler	Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ArchBürgR 12/1 ff.
Kollhosser	Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten, AcP 166/277
Koziol	Zum Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, ZfRV 1969/22
-	Naturalersatz und Schadensberechnung beim Problem "neu für alt", Jur. Bl. 1965/337 ff.
Kreß	Schuldrecht I, Lehrbuch des allg. Schuldrechts, München 1929
Kroeber-Keneth	Weniger Arbeit - mehr Verschleiß, FAZ vom 21. 2. 1959 S. 5 (zitiert nach Weber S. 222)
Krüger-Nieland	Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schäden? Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, München, Berlin 1965, Bd. II C S. 31 ff. (zit. DJT 45 II C S.)
Lange, Heinrich	BGB allg. Teil, 10. Aufl. , München und Berlin 1968
Larenz	Vertrag und Unrecht, Teil II: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937
-	"Das allgemeine Persönlichkeitsrecht" im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955/521
-	Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 21. 3. 1956 - 7 U 1189/55 - NJW 1956/1719
-	Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen? Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Tübingen 1958, Bd. II, D S. 25 ff. (zit. Larenz, 42. DJT S.)
-	Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht, NJW 1959/865

Larenz	Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, VersR 63/1 ff.
-	Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden, VersR 1963/312
-	Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, SchwJZ 1962/105 ff.
-	Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht, Festschrift für Nipperdey I, München, Berlin 1965/489 (zit. Larenz, Festschr. Nipperdey I S.)
-	Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967 (zit. Larenz, Allg. Teil)
-	Anmerkung zum Urt. des BAG vom 24. 8. 1967, 5 AZR 1959/67 = AP Nr. 7 zu § 249 BGB = SAE 1968/78 = NJW 1968/221, in: AP Nr. 7 zu § 249 BGB
-	Schuldrecht I, 9. Aufl. München 1968 (zit. Larenz, Schuldrecht I)
-	Schuldrecht II, Bes. Teil, 9. Aufl. München 1968 (zit. Schuldrecht II)
-	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969 (zit. Larenz, Methodenlehre)
-	Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, in: Revolution der Technik - Evolution des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger, S. 151 ff., Zürich 1969 (zit. Larenz, Festschrift Oftinger S.)
Leibholz-Rinck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des BVerfG, 3. Aufl., Köln (Marienburg) 1968
Leinemann	Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, Marburg 1969
Leisner	Grundrechte und Privatrecht, München, Berlin 1960
Lersch	Aufbau der Person, München 1956
-	Der Sport als Aufgabe unserer Zeit, in: Jahrbuch des Sports 1959/60, Hrsg. Deutscher Sportverband, Frankfurt am Main 1959

Lieberwirth	Das Schmerzensgeld, 3. Aufl., Heidelberg 1965
Loeffler, L.	Arbeit, Freizeit und Familie im Hinblick auf die Ehe, in: Arbeit, Freizeit und Familie im Hinblick auf das Alter und die Jugend, Stuttgart 1955
Löffler, M.	Die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung beim immateriellen Schadensersatz, NJW 1962/225 ff.
Löwe	Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert, NJW 1964/701
-	Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen, VersR 1963/307
Maier, Georg	Schmerzensgeld wegen Persönlichkeitsverletzungen trotz Unversehrbarkeit des geschützten Rechtsguts, Diss. Tübingen 1968
Mammey	Schadensersatz für entgangene Urlaubstage? NJW 1969/1150
Marcuse	Funktionen und Urteile der sogenannten Vergnügungsindustrie, Manuskript der Funkuniversität des RIAS Berlin, Berlin 26. 3. 1959 (zitiert, Marcuse, Vergnügungsindustrie)
Martens	Anmerkung zu BGH NJW 1968/1778 = BGHZ 45/219
Maschke	Boykott, Sperre und Aussperrung, Jena 1911
Mauczka	Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, Leipzig, Wien 1904
Maunz-Dürig	Grundgesetz Bd. I, München, Berlin (Loseblattausgabe)
Mayer-Maly	Schadensersatz für Gebrauchsentbehrungen ZVR 1967/282
Mead	The Pattern of Leisure in contemporary American Culture, in: Mass Leisure Glencoe 1958
Meeske	Zum merkantilen Minderwert bei Unfallkraftfahrzeugen, BB 1959/1158
Meisel	Arbeitszeit und arbeitsfreie Zeit, BB 70/1498 ff.
Menger, Anton	Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl., Tübingen 1927

Mertens	Persönlichkeitsrecht und Schadensersatz, JuS 1962/261 ff.
-	Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 (zit. Mertens, Vermögensschaden)
-	Ein Kind als Schadensfall? FamRZ 1969/251 ff.
Mestmäcker	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958/521 ff.
Möller	Summen- und Einzelschaden, Beiträge zur Erneuerung der Schadenslehre vom Wirtschaftsrecht aus, Hamburg 1937
Mommsen	Beiträge zum Oblitationsrecht, Zweite Abteilung = Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855
Motive	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse amtl. Ausgabe, Berlin, Leipzig 1888
Müller, Max Ludwig	Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges in Straf- und Schadensersatzrecht, Tübingen 1912 (zit. Müller, M.L. Kausalzusammenhang)
Müller, Jörg Paul	Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts (Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, H. 360), Bern 1964 (zit. Müller, Persönlichkeitsschutz)
Neumann	Der Zivilrechtsschaden, JherJb. 86/277
Neumann-Duesberg	Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB, NJW 1957/1341
-	Zum Begriff des Vermögensschadens, Der Betrieb 1956/887
Neuwald, Horst	Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung, Diss. München 1968
Nevoigt	Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 228, Breslau 1928

Nikisch	Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1. Allg. Lehren und Arbeitsvertragsrecht, Tübingen 1961
Neumann, Nipperdey, Scheuner	Die Grundrechte Bd. II, Berlin 1954 (zit. Grundrechte)
Nipperdey, Bettermann	Grundrechte Bd. IV, 2, Berlin 1962
Nipperdey	Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957/1777
-	Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretionen zu schützen? Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. II D 1. Abtl., Tübingen 1958 (zit. Nipperdey, 42. DJT)
-	Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967/1985 ff.
Nörr	Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht, AcP 158/1 ff.
Oertmann	Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901 (zit. Oertmann, Vorteilsausgleichung)
-	Vorteilsausgleichung beim Ersatz von "Alt durch Neu", LZ 1916 (Nr. 23) Spalte 1513 ff.
-	Kommentar zum BGB, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906, 5. Aufl. 1928 (zit. Oertmann, Kommentar)
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl., München, Berlin 1970
Pieper	Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JuS 1962, 409 u. 459
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. bearb. v. Siber, Berlin 1914

Protokolle	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, Allg. Theil und Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. I, Abschn. II, Tit. 1, Berlin 1897
-	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898
Quervain, de	Ruhe und Freiheit, in: Christliche Daseinsgestaltung, Hrsg. H. Thielicke u. H. Schrey, Bremen 1958
Rabel	Das Recht des Warenkaufs, 1. Bd., (unveränderter Nachdruck der Ausgabe von 1936), Berlin 1957
Raiser	Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1967, Teil B 21 (Sitzungsberichte), Grundgesetz und Privatrechtsordnung
Referentenentwurf	eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, I. Wortlaut, II. Begründung, Karlsruhe 1967 (Bundesministerium der Justiz)
Regierungsentwurf	Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes, Ufita 29/1959, 39 ff.
Reinicke, G. und D.	Zur Frage des Übergangs von Schadensersatzansprüchen auf Arbeitgeber und Versicherungsträger, NJW 1953/1243
Reinicke, D.	Zur Frage des Ersatzes immateriellen Schadens, MDR 47/220
Riesman	Die einsame Masse, Darmstadt, Berlin, Neuwied 1956
RGRK	Reichsgerichtskommentar zum BGB, Bd. I, 2. Teil; Bd. II, 1. u. 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960
Rötelmann	Schmerzensgeld, NJW 1964/1458
Rother	Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, München, Berlin 1965
Scharmann	Die individuelle Entwicklung in der sozialen Wirklichkeit, in: Handbuch der Psychologie, 3. Bd. Entwicklungspsychologie, Hrsg. H. Thomae, Göttingen 1959

Schelsky	Die Bedeutung des Berufes in der modernen Gesellschaft, in: Unser Verhältnis zur Arbeit, Vortragsreihe des Süddeutschen Rundfunks, Stuttgart 1960
-	Soziologie der Sexualität, Hamburg 1955
-	Die skeptische Generation, Düsseldorf, Köln 1957
Schoeck	Kleines Soziologisches Wörterbuch, Freiburg, Basel, Wien 1969
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 15. Aufl., München 1970
Schüle, Hans Huber	Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, 2 Rechtsgutachten, Tübingen 1961
Schulz	Anmerkung zum Urt. des OLG München v. 26. 11. 1965, 10 U 1082/65, VersR 66, 836, in: VersR 1967, 383 f.
Seyle	Stress beherrscht unser Leben, Düsseldorf 1957
Siebert	Schadensersatz und Lohnfortzahlung, Festschrift Lehmann Bd. II S. 670 ff., Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956
Sieg	Schadensersatz und Versorgung, JZ 1954/337
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, II. Band (§§ 241-610), 10. Aufl. 1967
Staudinger-Kommentar	Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 c, 10./11. Aufl., Berlin 1967 (§§ 249-255 abgeschlossen am 5. 7. 1959) Teil 2, 11. Aufl. (§§ 433-610), Berlin 1955
Steindorff	Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158/431
Steininger	Zur abstrakten Rente, Jur. Bl. 1966/543 ff.
-	Minderung der Erwerbsfähigkeit ohne Verdienstentgang, Festschrift für Walter Wilburg, Graz 1965, S. 181 ff.
Stoll	Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? In: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1964, Bd. I (Gutachten) Teil 1. München, Karlsruhe 1964 (zit. Stoll, 45 DJT S.)

Stoll	Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeuges, JuS 1968/504 ff.
Strasser	Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht, Wien 1964
Thiele	Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167 (1967) 193 ff.
-	Die Aufwendungen des Verletzten zur Schadensabwehr und das Schadensersatzrecht, Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 393 ff. (zit. Thiele, Festschrift Felgentraeger, S.)
-	Anmerkung zum Urt. des BAG v. 24. 8. 1967, 5 AZ R 59/67 = SAE 68/78 = AP Nr. 7 zu § 249 BGB = NJW 1968/221 ff. in SAE 68, 78
Trinkner	Ersatzkraftkosten ohne Einstellung einer Ersatzkraft? BB 1967/162
v. Tuhr	Besprechung v. H. A. Fischer "Der Schaden nach dem BGB", in KrVJSchr 47/63
-	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Leipzig 1910 (zit. v. Tuhr, Allg. Teil)
-	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, Tübingen 1924 (zit. v. Tuhr, Schw. Obl. R.)
Veblen	Theory of the Leisure Class. An Economic Study of Institutions, New York 1953
Venzmer	Kausalität und Schadensersatz bei Nutzungsentgang, VersR 1963/797
Walsmann	Compensatio lucri cum damno, Rostock 1900
Weber, Erich	Das Freizeitproblem, Frankfurt 1964
Weinstock	Arbeit und Bildung, Heidelberg 1956
Welzel	Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969
Werther	Schadensersatz für entgangene Annehmlichkeiten, in: RWP 1969/25-32

Westermann	Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Köln, Opladen 1957 (zit. Westermann, Person)
-	Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl., Karlsruhe 1966
Weychardt	Wandlungen des Schadensbegriffes in der Rechtsprechung, Diss. Frankfurt 1965 (zit. Weychardt, Diss.)
-	Zum Schadensersatzanspruch bei Benutzung oder Entzug fremder Nutzungsmöglichkeiten, DB 1966/609
Wieacker	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967
Wiese	Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964
Wilburg	Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jher. Jb. 82, 51
Wussow	Das Unfallhaftpflichtrecht, 8. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963
Zeuner	Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163/380 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	(Österr.) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines preußisches Landrecht
a. M.	anderer Meinung
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Arc. Bürg. R.	Archiv für bürgerliches Recht
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayrObIG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BG (Schweiz)	schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Bl.	Blatt
BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
DAR	Deutsches Autorrecht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
f. oder ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
Gruchot Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GSZ	Großer Senat in Zivilsachen
GV/NW	Gesetz und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IG	Industriegewerkschaft
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
Jur. Bl.	Juristische Blätter
Jher. Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
KritVJSchr	Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
Lit.	Literatur
Ls	Leitsatz
LV	Landesverfassung
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens

Mot.	Motive
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OGH Br. Z	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
Ref. E.	Referentenentwurf
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Rspr.	Rechtsprechung
RWP	Rechts- und Wirtschaftspraxis
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Seufferts Archiv	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGV/NW	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
u.	und

u. a.	unter anderem
Ufita	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
usw.	undsoweiter
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WarnRspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, begründet von Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZBl. jur. Prax.	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZfRvgl.	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVerkR	Zeitschrift für Verkehrsrecht
ZVR	

EINLEITUNG

Die Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes [1] und für den vorübergehenden Entzug der Gebrauchsmöglichkeit eines Kraftfahrzeuges gehörten in den letzten Jahren zu den meist diskutierten Problemen des Schadensrechtes. Beide zwangen zu einer Auseinandersetzung mit § 253 BGB.

Der aus einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes entstandene Schaden wurde von der Rechtsprechung als immaterieller Schaden angesehen. [2] Entgegen § 253 BGB bejahte sie gleichwohl einen Anspruch des Verletzten auf Schadensersatz in Geld mit der Begründung, daß eine Anwendung des § 253 BGB in den Fällen der Verletzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes dem Wertsystem des Grundgesetzes nicht gerecht werde. § 253 BGB werde deshalb bei nicht unbedeutenden Persönlichkeitsverletzungen durch Artt. 1 und 2 GG außer Kraft gesetzt. [3]

Den Entzug von Gebrauchsvorteilen eines Kraftfahrzeuges sieht die Rechtsprechung dagegen als Vermögensschaden an. [4] Die Benutzungsmöglichkeit eines Wagens sei angesichts dessen, daß sie in aller Regel durch entsprechende Vermögensaufwendungen "erkauft" werden könne, tatsächlich "kommerzialisiert" worden. [5]

Zwischen diesen beiden Fragen liegt das Problem der Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs für die Beeinträchtigung von Freizeit. Auch diese Frage läßt sich nur durch eine Auseinandersetzung mit § 253 BGB lösen. Es handelt sich hierbei um ein Thema von außerordentlicher Konsequenz, so daß die Prophezeiung Grunskys, [6] dieser Problemkreis werde auf einige Jahre hinaus kaum

---

1) BGH 14. 2. 58, BGHZ 26, 349 (354) (Herrenreiter); 18. 3. 59, BGHZ 30, 7 (17 f.) (Catharina Valente)

2) BGH 19. 9. 61, BGHZ 35, 363 (367) (Ginseng); 5. 3. 63, BGHZ 39, 124 = NJW 63, 902 = (Fernsehansagerin)

3) BGH 19. 9. 61, BGHZ 35, 363 ff.; 5. 3. 63, BGHZ 39, 124; im Anschluß an Nipperdey in Neumann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte Bd. II, S. 1 (46), Bettermann-Nipperdey, Grundrechte Bd. IV 2, S. 741 (855 f.), Enneccerus-Nipperdey § 101 IV 1.

4) BGH 30. 10. 63, BGHZ 40, 345 (350); 15. 4. 66, BGHZ 45, 212 (216); 7. 6. 68, NJW 68, 1778; 3. 6. 69, NJW 69, 1477

5) BGH 30. 10. 63, BGHZ 40, 345 (350) = JZ 64, 420 (421)

6) Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, S. 69

zur Ruhe kommen, in der Tat kein Wagnis darstellt.

So ist mit jedem Verkehrsunfall regelmäßig eine Vergeudung von Freizeit verbunden. Diese liegt in dem Aufsuchen eines Arztes, einer Reparaturwerkstatt oder eines Anwalts. [7] Freizeitsbeeinträchtigungen können ferner unfreiwillige Folge einer Vertragsverletzung sein. Dies gilt z. B. für den Arzt, dem die Sprechstundenhilfe vertragswidrig davonläuft und der deshalb bis zur Einstellung einer Ersatzkraft auch deren Arbeiten zu erledigen hat. [8] Oder man denke an den Ferienreisenden, der nach zweitägiger Anreise in Barcelona erfährt, daß der angemietete Bungalow ihm nicht zur Verfügung gestellt werden könne und der durch die vergebliche Hin- und Rückreise vier Tage seines Urlaubs vergeudet. [9]

In diesem Zusammenhang ist ferner der berühmte "Seereisefall" [10] zu erwähnen, in dem durch Verschulden des Zolls die Koffer eines an einer Kreuzfahrt teilnehmenden Ehepaares nicht auf das Schiff verladen wurden und die Urlauber für längere Zeit ihre Kleider nicht wechseln konnten. Um eine Freizeitsbeeinträchtigung handelt es sich auch in den Fällen, in denen eine Ferienreise infolge eines Unfalls überhaupt nicht [11] oder erst einige Tage später [12] angetreten werden konnte. Zwar blieb die Freizeit als solche erhalten, sie konnte aber nicht in der gewünschten Form - einer Ferienreise - gestaltet werden.

Um die Frage eines Schadensersatzes bei Freizeitsbeeinträchtigungen untersuchen zu können, ist zunächst der Begriff der Freizeitsbeeinträchtigung zu klären und zu prüfen, ob und wann sie einen Schaden darstellt. Sodann wird die Möglichkeit einer Naturalrestitution untersucht, da dieser Anspruch unabhängig von der Frage, ob Freizeitsbeeinträchtigungen einen Vermögens- oder immateriellen Schaden darstellen, zu gewähren ist. Im zweiten und dritten Kapitel muß dann auf die Frage des Vermögens- bzw. Nichtvermögenscharakters der Freizeit und auf die Möglichkeit eines Ersatzes in Geld eingegangen werden.

---

7) Vgl. OLG Celle 21. 11. 63, MDR 64, 413 = DAR 64, 190; LG München 3. 1. 61, DAR 61, 195; LG Hagen 6. 12. 62, NJW 63, 765; AG Ingolstadt 9. 7. 64, BB 64, 1062; AG Lechenich 13. 10. 67, VersR 68, 707

8) BAG 24. 8. 67, NJW 68, 221; LAG Frankfurt 5. 7. 66, NJW 67, 1103 = BB 67, 162 mit Anm. Trinkner

9) OLG Frankfurt 17. 2. 67, NJW 67, 1372, ablehnend Heldrich NJW 67, 1737 ff.

10) BGH 7. 5. 56, LM § 253 BGB Nr. 2 = NJW 56, 1234

11) OLG Bremen 28. 1. 69, VersR 69, 929 Ls; LG Köln 11. 5. 66, MDR 66, 758

12) LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197; weitere Beispiele vgl. Larenz AP Nr. 7 zu § 249 BGB

1. KAPITEL
Ersatz von Freizeitsbeeinträchtigungen unabhängig von ihrer Einordnung als Vermögens- oder Nichtvermögensschäden

A) Definition der Freizeitsbeeinträchtigung

I) Begriff der Freizeit

Von Freizeit in dem heute üblicherweise verstandenen Sinne kann man erst seit Einsetzen der Industrialisierung sprechen. [1] Freizeit wird allgemein als Gegensatz zur Arbeit angesehen. Sie ist gleichbedeutend mit "Freisein von der Erwerbsarbeit". Bei dem weitaus größten Teil der Bevölkerung ist die Erwerbsarbeit heute mit einer Fremdbestimmung verbunden, so daß die Freizeit zugleich ein "Freisein von der Fremdbestimmung" darstellt. Freizeit bedeutet also vor allem "Freisein von der Arbeit und der damit verbundenen Fremdbestimmung". [2] Eine scharfe Trennung zwischen der Erwerbstätigkeit und diesem "Freisein wovon" [2] ist aber erst seit der mit der Industrialisierung verbundenen räumlichen Trennung von Heim und Arbeitsstätte möglich. [3] Zuvor wurde die Arbeit meist im eigenen Heim oder auf dem Hofe verrichtet, wobei die Arbeitnehmer - Lehrlinge, Gesellen und Gesinde - bei ihrem Meister bzw. Bauern wohnten und auch von diesem beköstigt wurden. Der Übergang zwischen Arbeitszeit und Freizeit (Feierabend) war fließend. Auch während des Feierabends unterlagen die Arbeitnehmer einer begrenzten Fremdbestimmung.

Heute braucht der Arbeitnehmer mit Verlassen des Fabrikgeländes oder des Verwaltungsgebäudes keinen Anordnungen mehr zu folgen. Der Selbständige verfolgt nicht mehr die Belange seiner Kundschaft, Auftraggeber etc. und ist für diese nur noch beschränkt erreichbar. Arbeitnehmer wie auch Arbeitgeber lösen sich vom Arbeitsprozeß und können sich mit nicht-arbeitsbezogenen Dingen beschäftigen.

Freizeit läßt sich also zunächst einmal als "die von der Arbeitszeit freie, die von ihr ausgesparte oder übriggebliebene Zeit" [4] definieren.

---

1) Schelsky, Skeptische Generation S. 326
2) Erich Weber, Freizeitsproblem, S. 12
3) Schelsky, a. a. O. S. 326; Weber, a. a. O. S. 28
4) Habermas, Festschrift E. Rothacker S. 219

Diese Definition der Freizeit als Negativ der Arbeit ist aber nur brauchbar, wenn die Arbeitszeit bestimmt ist. [5] Als Arbeitszeit soll hier nur die Zeitspanne verstanden werden, in der eine Tätigkeit ausgeübt wird, durch die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, ein Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Diese Definition der Arbeitszeit ist eine reine Zweckdefinition, die dem Problem dieser Arbeit gerecht wird. Wird nämlich die so verstandene Arbeitszeit des Geschädigten beeinträchtigt, so kann er seiner geplanten Tätigkeit nicht oder nicht im gleichen Umfang nachgehen und erleidet dadurch einen Vermögensschaden, den er nach § 252 BGB ersetzt verlangen kann. Die vorliegende Arbeit will sich aber gerade mit der Frage beschäftigen, ob auch bei Zeitverlusten, die nicht zu einem Vermögensschaden iSd § 252 BGB führen, ein Schadensersatzanspruch gegeben ist.

Nach dieser Zweckdefinition verfügen der Schüler und Student wie auch der Doktorand, der seine Promotion mit Hilfe eines Stipendiums betreibt, nur über Freizeit. [6] Die nur vorübergehende Beeinträchtigung der Lernzeit verzögert i. d. R. nicht den Schul- bzw. Studienabschluß, so daß regelmäßig kein Vermögensschaden iSd § 252 BGB gegeben sein wird. Wer außerhalb seiner beruflichen Tätigkeit an Schulungskursen teilnimmt, tut dieses in seiner Freizeit. Muß hingegen ein Angestellter wegen eines Unfalls auf einer Dienstreise mehrere Stunden auf die Polizei warten, so vergeudet er keine Freizeit, sondern Arbeitszeit. [7] Obgleich ihm sein Gehalt weitergezahlt wird, erlangt er einen Schadensersatzanspruch nach § 252 BGB, den er allerdings an seinen Arbeitgeber

---

5) Mit der Arbeitszeit und ihren Grenzphänomen beschäftigten sich Haslinger, Bereitschaftsdienste in und außerhalb der Arbeitszeit, Jur. Bl. 1970 (H. 3/4 u. 5/6) S. 79 ff. und S. 125 ff. und Meisel BB 70/1498 ff.

6) Sollte bei dem Schüler, Studenten oder Doktoranden allerdings eine derart massive Freizeitsbeeinträchtigung vorliegen, daß dadurch ihr Ausbildungsziel verschleppt wird, so können sie diesen Zeitverlust nach § 252 BGB ersetzt verlangen. Vgl. OGH 24. 9. 69, ÖJZ 1969 S. 574.
Demgegenüber ist die Zeit, die eine Hausfrau für ihre Haushaltsführung aufwendet, nicht als Freizeit anzusehen, da ihrer Haushaltsführung ein Vermögenswert zukommt. Vgl. BGH 25. 9. 62, BGHZ 38, 55; 9. 7. 68 (GSZ) NJW 68, 1823.

7) Vgl. auch Haslinger, a. a. O. S. 135

abtreten muß. [8]

Unter Freizeit wird daher die Zeit verstanden, in der keine Tätigkeit ausgeübt wird, durch die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen ein Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann.

II) Begriff der Beeinträchtigung

Ob Freizeit beeinträchtigt worden ist oder nicht, läßt sich erst beurteilen, wenn bekannt ist, welche Gestaltung der betroffene Freizeitsinhaber geplant hatte und wie sich die Freizeit infolge des schädigenden Ereignisses tatsächlich gestaltet hat. Zeit selbst kann nicht beeinträchtigt werden, sondern nur die Nutzung der Zeit. Kennt man die geplante und die tatsächlich eingetretene Freizeitsgestaltung, so vergleicht man die beiden Gestaltungsformen und bewertet sie. Weicht die tatsächliche Gestaltung infolge des schädigenden Ereignisses ungünstig von der geplanten Freizeitsgestaltung ab, so wurde die Freizeit beeinträchtigt. Das gleiche gilt, wenn der Betroffene wegen des schädigenden Ereignisses zwar nicht von der geplanten Freizeitgestaltung Abstand nehmen mußte, die Gestaltung aber Störungen unterworfen war. In dem vom BGH entschiedenen Seereisefall [9] z. B. nahmen die Geschädigten zwar an der Kreuzfahrt teil, konnten aber durch das Verschulden der Zollbehörde ihre Kleidung kaum wechseln und daher nicht im gewünschten Maße am Bordleben teilnehmen.

Fraglich ist allerdings, wer die verschiedenen Freizeitsgestaltungen bewerten soll. Infrage kommt die Bewertung des Betroffenen oder die der Verkehrsanschauung.
Bei der Bewertung muß von der spezifischen Interessenlage des Geschädigten ausgegangen werden. Wird ein einfacher Arbeiter arglistig veranlaßt, sich einen wissenschaftlichen Vortrag über die Kausalität zwischen der Einnahme von Thalidomid und der Gefahr einer Phokolemie anzuhören, so wird er dadurch in seiner Freizeitsgestaltung beeinträchtigt, da er im Zweifel nichts von dem Vortrag versteht. Einen Mediziner würde das gleiche Thema wegen seiner traurigen Aktualität vielleicht brennend interessieren.

---

8) BGH 19. 6. 52, BGHZ 7, 30(48 f.); 22. 6. 56, BGHZ 21, 122; 30. 6. 64, BGHZ 42, 76; 27. 4. 65, BGHZ 43, 378; 16. 11. 65, NJW 66, 199(200); Reinicke NJW 53, 1243; Siebert, Festschr. Lehmann Bd. II S. 670 (677 ff.); Sieg, JZ 54, 337; Kollhosser AcP 166, 277 ff.

9) BGH 7. 5. 56, LM § 253 BGB Nr. 2 = NJW 56, 1234 = VersR 56, 491

Wenn aber bei der Bewertung der Gestaltungsformen die gesamten Verhältnisse des Geschädigten, ja selbst momentane Gefühlsschwankungen, die Laune und ähnliches mehr berücksichtigt werden müssen, so spricht dies dafür, daß der Betroffene selbst die Bewertung vornehmen muß.

Freizeitsbeeinträchtigung ist daher die unfreiwillige Änderung oder Störung der geplanten Freizeitsgestaltung, die der Betroffene als nachteilig empfindet.

Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, wann eine Freizeitsbeeinträchtigung als Schaden iSd §§ 249 ff. BGB anzusehen ist.

B) Freizeitsbeeinträchtigung als Schaden

Im Gegensatz zum preußischen ALR [10] definiert das BGB nicht den Begriff des Schadens. Die Gesetzesverfasser gingen vielmehr von einem natürlichen Schadensverständnis aus und betrachteten den Begriff des Schadens als dem Gesetz vorgegeben. [11] Hierbei beschränkten sie sich nicht auf die Anerkennung eines Vermögensschadens, sondern ließen die Naturalrestitution auch bei Vorliegen eines Nichtvermögensschadens zu. [12] Einen Ausgleich in Geld erkannten sie für die immateriellen Schäden in § 847 und § 1300 BGB an.
Unter einem Schaden iSd §§ 249 ff. BGB wird allgemein die unfreiwillige Einbuße an den Rechtsgütern einer Person verstanden, [13] wobei es sich um Vermögens- oder Nichtvermögensgüter handeln kann. Stoll definiert den Schaden daher als jede Beeinträchtigung eines menschlichen Interesses. [14]

---

10) Preuß. ALR in I, 6 § 1: Schaden heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, seiner Ehre oder seines Vermögens.

11) Mertens, Vermögensschaden S. 21; Mot II S. 18 bezeichnen nur den Kausalzusammenhang zwischen der anspruchsbegründenden Handlung und dem Schaden als selbstverständliche Voraussetzung für einen Anspruch.

12) Prot. I S. 296, BGH 25. 5. 54, BGHZ 13, 334 (336); Larenz SchR I § 15 II a; Pieper JuS 62, 409; Esser SchR I § 41 II 3 c; Fikentscher § 50 I 4 c; Böttticher VersR 66, 301

13) Enneccerus-Lehmann § 14 vor I; Esser § 41 I 1, vgl. auch § 1293 Satz 1 ABGB: Schaden ist jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.

14) Stoll, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Verhandlungen des 45. DJT Bd. I (1964) S. 127

Wann eine solche Beeinträchtigung eines Interesses vorliegt, muß wegen des den §§ 249 ff. BGB zugrundeliegenden natürlichen Schadensverständnisses durch natürliche Betrachtungsweise ermittelt werden. [15]

I) Freizeit als Rechtsgut (Interesse)

Freizeit wird als etwas Erstrebenswertes angesehen. Mit dem Begriff Zeit und Freizeit verbindet man den Anspruch auf "glücklich sein", auf Vergnügen, auf Selbstbestimmung, auf ein vom Alltag abstechendes positives Lebensgefühl. [16] In jedem Gewerkschaftsprogramm steht daher die Forderung nach mehr Freizeit und Urlaub für Arbeitnehmer. [17] Nahezu jede Landesverfassung gewährleistet das Recht auf ausreichenden bezahlten Urlaub. [18] Die jeweiligen Verfassungsnormen geben zwar nur das Recht auf Urlaub, nicht aber gewährleisten sie die Möglichkeit einer bestimmten Freizeitsgestaltung und schützen daher die konkrete Freizeitsgestaltung nicht vor Beeinträchtigungen. Sie garantieren aber ein Mindestmaß an Freizeit und zeigen damit die Schutzwürdigkeit der Freizeit, als menschlichem Grundbedürfnis, auf. Das gleiche gilt für die verschiedenen Arbeitszeitverordnungen und das Bundesurlaubsgesetz. [19]
Die Freizeitsgestaltung selbst wird gegenüber hoheitlichen Eingriffen durch Art. 2 Abs. 1 GG vor Störungen geschützt. Die allgemeine Handlungsfreiheit

---

15) Zwar tendieren einige Autoren zu einer Normativierung des Schadensbegriffes (vgl. die Nachweise bei Mertens, Vermögensschaden S. 50 ff. und Kollhosser, AcP 166, 283). Diese Bestrebungen haben jedoch ihren Ursprung in der Kritik an Mommsens "Lehre vom Interesse". Diese Autoren erstreben daher nur eine Normativierung des Vermögensschadens, während sie sich jedoch bei der Frage, ob überhaupt ein Schaden iSd §§ 249 ff. BGB vorliegt, ebenfalls vom natürlichen Schadensverständnis leiten lassen. (Vgl. Mertens S. 51 Anm. 4)

16) Knebel, Soziologische Strukturwandlungen im modernen Tourismus, S. 39

17) Vgl. z. B. IG Chemie-Papier-Keramik: Die zukünftigen Chancen der Freizeit, in: Freizeit und Konsumerziehung S. 131 (133). Vgl. ferner Knebel, Soziologische Strukturwandlungen S. 17 und 37

18) Vgl. Art. 174 Bayr LV; Art. 56 Bremer LV; Art. 34 Hess. LV; Art. 24 Abs. 3 NRW LV; Art. 57 Rheinl. Pfälz. LV; Art. 48 Abs. 2 Saarl. LV; ursprünglich war auch in Art. 41 LV Baden, Art. 22 LV Württemberg-Baden und Art. 96 Abs. 3 Württemberg-Hohenzollern LV dieses Recht verankert. Diese Verfassungen wurden durch die LV Baden-Württemberg aufgehoben, die selbst dieses Recht nicht normiert.

19) Vgl. §§ 7 ff. BUrlG

gibt u. a. dem einzelnen das Recht, innerhalb der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG über seine Zeit zu verfügen. Im Bereich des Privatrechts folgt ein Schutz der Freizeit aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.[20] Gerade in seiner Freizeit kann der einzelne "tun und lassen, was er will" und gerade dort entfaltet ein Großteil der Bevölkerung seine Persönlichkeit.[21] Der Schutz der Freizeit und des Urlaubs durch die Verfassungen, Arbeitsgesetze und das allgemeine Persönlichkeitsrecht rechtfertigt es daher, die Freizeit als Rechtsgut des Menschen bzw. als menschliches Interesse im Sinne des natürlichen Schadensverständnisses anzusehen.

II) Freizeitsbeeinträchtigung als Einbuße im Sinne des natürlichen Schadensverständnisses

Während die Frage, ob überhaupt eine Freizeitsbeeinträchtigung vorliegt, allein aufgrund der subjektiven Wertung des Geschädigten zu beantworten ist, hängt die Anerkennung einer Beeinträchtigung als Schaden vom natürlichen Schadensverständnis ab, es entscheidet also die Verkehrsanschauung. Diese gewährleistet auf der einen Seite eine gewisse Objektivierung des Schadensbegriffs, so daß nicht jede vom Geschädigten als Freizeitsbeeinträchtigung aufgefaßte Störung oder Unannehmlichkeit als Schaden anerkannt werden muß. Wäre daher im Seereisefall lediglich ein Gepäckstück mit dem Schmuck und den Pelzen der Ehefrau nicht rechtzeitig an Bord gelangt, so wäre nach der Verkehrsanschauung selbst dann ein Schaden zu verneinen, wenn die Ehefrau die Seereise als willkommene Gelegenheit zur Dokumentation ihres Wohlstandes nutzen wollte.
Auf der anderen Seite kann die Verkehrsanschauung die Frage des Vorliegens eines Schadens aber nicht völlig losgelöst von den individuellen Eigenarten und Lebenszielen des Betroffenen beantworten. Aus der Subjektsbezogenheit des Schadens folgt vielmehr, daß die Frage des Schadens nur unter Bezugnahme auf die gesamten Verhältnisse des Geschädigten gelöst werden kann. Dies leuchtet zunächst bei immateriellen Schäden ein. So macht es einen Unterschied, ob ein Arbeiter einen Arbeitskollegen oder den Direktor mit dem Götzzitat belegt. Die unterschiedliche - individuelle - Stellung der Betroffenen bewirkt, daß lediglich im zweiten Fall eine Beleidigung und damit ein Schaden bejaht wird.[22] Diese Subjektsbezogenheit des Schadens gilt aber ebenso für Vermögensschäden.

20) Vgl. unten S. 64 ff.

21) Vgl. im einzelnen unten S. 54 ff.

22) Vgl. LAG Düsseldorf 8. 3. 63, DB 63, 935(936). Zum Schadensersatz bei Beleidigungen durch Widerruf nach § 249 Satz 1 BGB vgl. RG 24. 2. 15, RGZ 88, 130(133); 6. 3. 40, RGZ 163, 210(214); BGH 17. 6. 53, BGHZ 10, 104 (106); Helle NJW 58, 1524 ff.; ders., DRiZ 63, 334 (337); Johannes JZ 64, 317

Bei der Frage, ob eine Freizeitsbeeinträchtigung als Schaden bewertet werden kann, ist daher der Geschädigte Bezugspunkt der Wertung, nicht aber selbst wertende Instanz. "Der Wertmaßstab selbst bleibt objektiv und wird von der sozialen Konvention bestimmt." [23]

Die Objektivierung des Schadens durch die Verkehrsanschauung führt dazu, daß bloße Unannehmlichkeiten und unbedeutende Beeinträchtigungen selbst dann keinen Schaden darstellen, wenn der Betroffene aufgrund seiner Sensibilität oder Animosität die Beeinträchtigung als gravierenden Eingriff in sein Rechtsgut Freizeit auffaßt. Wird der Urlauber B durch das Lärmen am Strand spielender Kinder in seiner Erholung gestört, so ist ein Schaden des B nur dann anzunehmen, wenn dieser Lärm auch von der Allgemeinheit als unerträglich empfunden wird. Hält sich der Lärm in Grenzen und ist B nur äußerst lärmempfindlich, oder gehen ihm Kinder schlechthin auf die Nerven, so ist ein Schaden des B zu verneinen. Hat B allerdings gerade einen Herzinfarkt überstanden und bedarf er daher äußerster Ruhe, so stellt das Lärmen der Kinder selbst dann einen Schaden für B dar, wenn es von den anderen noch als erträglich empfunden wird.

Wann unter Berücksichtigung der spezifischen Interessenlage des Betroffenen lediglich eine bloße Unannehmlichkeit und wann ein Schaden vorliegt, hat der Richter von Fall zu Fall zu untersuchen. Eine feste Grenze läßt sich nur insoweit ziehen, als belanglose Bagatellen nach natürlichem Schadensverständnis nicht als Schaden angesehen werden können; es fehlt dann an der Einbuße an dem Rechtsgut Freizeit. [24]

C) Schadensersatz nach § 249 Satz 1 BGB

Obgleich unser Schadensrecht vom Grundsatz der Naturalrestitution ausgeht, [25] wurde die Frage des Schadensersatzes für Freizeitsbeeinträchtigungen bisher nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes in Geld untersucht. Hierbei wurde entweder eine Anwendung des § 251 BGB [26] oder eine entsprechende Anwen-

---

23) Vgl. Mertens, a. a. O. S. 154

24) Vgl. Stoll, a. a. O. S. 131

25) Esser SchuR I § 41 II 1; Fikentscher SchR § 55 II 1; Larenz SchR I § 15 II a; Erman-Sirp § 249 Anm. 6

26) So etwa OLG Frankfurt 17. 2. 67, NJW 67, 1372; OLG Bremen 28. 1. 69, VersR 69, 929 (Ls); KG 19. 10. 69, NJW 70, 474; LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197; Grunsky S. 69 ff.; Mammey NJW 69, 1150

dung des § 249 Satz 2 BGB [27] vertreten. Beide Ansprüche setzen jedoch eine Auseinandersetzung mit § 249 Satz 1 BGB voraus. Der Anspruch aus § 249 Satz 2 BGB ist gegenüber dem Anspruch aus § 249 Satz 1 BGB akzessorisch [28] und ein Anspruch nach § 251 BGB setzt voraus, daß eine Naturalrestitution nicht möglich oder für die Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist. Das gleiche gilt, wenn man § 250 BGB als Herstellungsanspruch auffaßt [29] und über § 250 BGB das Problem des Schadensersatzes bei Freizeitsbeeinträchtigungen lösen will; denn auch dieser Anspruch wäre gegenüber § 249 Satz 1 BGB akzessorisch.

I) Möglichkeit einer Naturalrestitution

Nach § 249 Satz 1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Eine Freizeitsbeeinträchtigung nimmt dem Geschädigten die Möglichkeit, seine Freizeit in der von ihm beabsichtigten Weise ungestört zu nutzen. Naturalrestitution ist daher lediglich in der Weise denkbar, daß der Schädiger dem Geschädigten zusätzliche Freizeit verschafft und ihm dadurch ermöglicht, seine ursprünglich geplante Freizeitsgestaltung nachzuholen. Bevor auf die Frage, ob diese Art der Schadensersatzleistung überhaupt zu einer Naturalrestitution führt, eingegangen wird, soll allerdings kurz geprüft werden, ob die Verschaffung zusätzlicher Freizeit durch den Schuldner überhaupt praktikabel ist.

1) Möglichkeit der Verschaffung zusätzlicher Freizeit

Da Freizeit das Negativ der Arbeitszeit ist, kann zusätzliche Freizeit nur auf Kosten der Arbeitszeit verschafft werden. Der Schädiger (Schuldner) muß daher den Geschädigten von einem dem beeinträchtigten Freizeitraum entsprechenden Teil der Arbeitszeit freistellen.

---

27) So Esser § 41 II Fn. 26

28) Esser § 41 II 3 b; Bötticher VersR 66, 301 (307); a. M. wohl BGH 29. 10. 57, NJW 58, 627; 24. 10. 58 VersR 58/888 (889); hiergegen mit Recht Wussow, Unfallhaftpflichtrecht S. 594 Rdn. 1490

29) Frotz JZ 63, 391; ihm folgend Esser SchR I § 41 II 3 c; Larenz § 15 II S. 187 Fn. 3; Soergel-Reimer-Schmidt §§ 249-253 Rdn. 78; anders die h. M.: BGH 3. 12. 51, BGHZ 4, 123 (126); 20. 12. 57, LM § 249 (Gb) BGB Nr. 3 Bl. 2; Staudinger-Werner § 250 Rdn. 11; Erman-Sirp § 250 Anm. 1; Palandt-Danckelmann-Henrichs § 250 Anm. 2; Pieper JuS 62, 410

Handelt es sich bei dem Geschädigten um einen Arbeitnehmer, dessen Tätigkeit kurzfristig übernommen werden kann (Stenotypistin, Putzfrau etc.), so ist eine zusätzliche Freizeitverschaffung verhältnismäßig einfach. Durch Einschaltung eines Arbeitnehmer-Überlassungsinstituts [30] kann der Schuldner die Arbeit des Geschädigten durch einen Dritten ausführen lassen. Allerdings ist für diese Art der Schadensersatzleistung die Zustimmung des Dienstberechtigten erforderlich (vgl. § 613 BGB). In einigen Fällen wird dieser seine Zustimmung versagen, weil auch eine ausgebildete Ersatzkraft erst eingearbeitet werden muß, was zu einer Hemmung des Geschäftsablaufs führt.
Bei Arbeitnehmern in höheren Positionen scheidet diese Möglichkeit der Freizeitsbeschaffung von vornherein aus. Diese Positionen setzen spezifische betriebsbezogene Kenntnisse und Erfahrungen voraus, wobei ihnen zumeist ein besonderes Vertrauensverhältnis zugrunde liegt. [31]
Bei manchen selbständigen Berufszweigen ist zwar die Stellung eines Vertreters theoretisch denkbar, der Geschädigte wird jedoch nur in Ausnahmefällen damit einverstanden sein. Im übrigen müßten auch zahlreiche praktische Schwierigkeiten wie die Auswahl des Vertreters, die Terminabstimmung etc., überwunden werden.

Praktikabler erscheint demgegenüber eine Freizeitsverschaffung in der Form, daß der Schädiger dem Geschädigten außerordentlichen unbezahlten Urlaub verschafft und ihm für diese Zeit Lohnersatz zahlt. Diese Art der Freizeitbeschaffung beschränkt sich aber auf Arbeitnehmer und auch dort wird sie nicht immer möglich sein. So darf z. B. Beamten Sonderurlaub unter Fortfall der Bezüge nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gewährt werden und auch dieses nur, falls nicht dienstliche Gründe entgegenstehen. [32] Auch geben einige Großunternehmen ihren Beschäftigten einheitlich Urlaub und stellen in dieser Zeit ihre Produktion ein, so daß auch dort den Beschäftigten nur in wichtigen Fällen Sonderurlaub genehmigt werden wird. [33] Überhaupt scheidet diese Art der Frei-

---

30) Zur Zulässigkeit dieser Arbeitnehmervermittlung vgl. BVerfG 4. 4. 67, NJW 67, 974. Zur Verbreitung dieser Institute und ihren Tätigkeitsbereich vgl. Capital (August) Heft 8, 1969) S. 94 ff.: Die Mietmenschen.

31) Falls der Geschädigte Beamter ist, ist eine Naturalrestitution durch Übernahme von Arbeit schon wegen der besonderen Beamteneigenschaften des Geschädigten unmöglich.

32) Vgl. § 13 der VO über Sonderurlaub für Bundesbeamte und Richter im Bundesdienst vom 18. August 1965 (BGBl. I S. 902, BGBl. III 2030 - 9 - 19) und § 12 der VO über den Sonderurlaub der Beamten und Richter im Lande NRW in der Fassung vom 2. Januar 1967 (GV/NW s. 13; SGV. NW 20303)

33) Dies war z. B. in dem vom LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197 entschiedenen Sachverhalt der Fall

zeitsbeschaffung immer aus, wenn der Dienstberechtigte den Sonderurlaub nicht gewährt.
Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Beschaffung zusätzlicher Freizeit - sei es durch Stellung einer Ersatzkraft oder durch Verschaffung von Sonderurlaub - in einigen Fällen zwar denkbar ist, sie sich aber nur selten praktisch durchführen lassen wird.

2) Verschaffung zusätzlicher Freizeit als Herstellung iSd § 249 Satz 1 BGB

Aber selbst in diesen Ausnahmefällen ist es zweifelhaft, ob durch die Verschaffung zusätzlicher Freizeit überhaupt der Zustand hergestellt wird, der ohne die Freizeitsbeeinträchtigung bestanden hätte. Zwar läßt sich nicht sagen, daß eine Freizeitsgestaltung stets mit parallel laufenden - sich nie wiederholenden - Zeitereignissen verbunden ist und daher die später nachgeholte Freizeitsgestaltung mit der ursprünglich geplanten niemals identisch sein wird. Dieser Einwand ist hier ebensowenig durchschlagend wie in den anderen Fällen einer Naturalrestitution. Da Geschehenes eben niemals ungeschehen gemacht werden kann, [34] verlangt § 249 Satz 1 BGB nur, daß ein im wesentlichen gleicher Zustand herzustellen ist, [35] wobei über die Gleichwertigkeit die Verkehrsanschauung entscheidet. [36] Die Verkehrsanschauung sieht aber keinen wesentlichen Unterschied darin, ob jemand seinen Urlaub im Juni oder erst im September antreten kann. Der Arbeitnehmer hat daher auch keinen Anspruch darauf, zu einer bestimmten Jahreszeit seinen Urlaub antreten zu dürfen. [37]

Einwenden läßt sich vielmehr, daß eine Schadensersatzleistung durch Verschaffung zusätzlicher Freizeit den Interessen des Gläubigers oder des Schuldners nicht

---

34) RG 27. 11. 40, RGZ 165, 260 (270)

35) RG 4. 6. 1919, RGZ 96, 121 (126); BGH 24. 3. 59, BGHZ 30, 29 (31) mwN. Vgl. auch Hoppe (Diss. 1934) S. 45: "Naturalrestitution fordert nicht Identität, sondern läßt einen gleichartigen und gleichwertigen Zustand genügen."

36) Blomeyer SchR § 32 IV 1; Enneccerus-Lehmann § 18 e 1

37) Vgl. etwa § 7 ff. BUrlG; anders z. T. die VO über den Erholungsurlaub der Bundesbeamten u. Richter im Bundesdienst vom 15. Juni 1965 (BGBl. I S. 519). Nach § 15 dieser VO hat der Beamte, der seinen gesamten Urlaub aus dienstlichen Gründen nur im Winter nehmen kann, einen Anspruch auf 6 Tage Zusatzurlaub.

immer gerecht wird und dann eine Naturalrestitution unmöglich ist. [38]

Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Geschädigte seine Freizeit in einer nicht nachholbaren Weise gestalten wollte. Wenn er also an dem betreffenden Abend das einmalige Gastspiel eines berühmten Künstlers besuchen wollte oder seinen Urlaub mit seinen schulpflichtigen Kindern und seiner berufstätigen Frau zu verbringen beabsichtigte und diese später keine Ferien bzw. keinen Urlaub mehr haben. [39] Hier nutzt es dem Musikfreund und dem Vater wenig, wenn sie später zusätzliche Freizeit erhalten. Der Musikfreund wird vielmehr das Ansinnen, ihn für den vergeudeten Musikabend zwei Stunden von seiner Arbeit zu beurlauben, entrüstet zurückweisen. Es ist daher stets zu prüfen, ob eine Naturalherstellung durch Verschaffung neuer Freizeit den Interessen des Gläubigers gerecht wird. Dies entscheidet sich nach den besonderen Gestaltungsplänen und Interessen des Gläubigers im Einzelfall. Wird diese Art des Schadensersatzes dem individuellen Interesse des Gläubigers nicht gerecht oder ist sie ihm unzumutbar, so ist eine Herbeiführung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte, nicht möglich.

Den Interessen des Schädigers (Schuldners) wird die Verpflichtung zur Verschaffung zusätzlicher Freizeit nicht gerecht, wenn der Geschädigte dadurch einen ungerechtfertigten Vorteil erlangen würde. So konnten in dem vom LG Hamburg [40] entschiedenen Fall die Kläger ihre Urlaubsreise infolge des vom Beklagten verursachten Autounfalls erst fünf Tage später antreten. Während dieser verlorenen Urlaubstage brauchten die Kläger allerdings nicht zu arbeiten. Würde man ihnen unmittelbar im Anschluß an die nachfolgende Urlaubsreise fünf weitere Tage Sonderurlaub auf Kosten des Beklagten zubilligen, so wären sie im Ergebnis um die fünf Tage Freizeit, die sie zu Hause verbrachten, "bereichert". Aus der Funktion des Schadensersatzes als Ausgleich für erlittenes Unrecht [41] folgt jedoch der "Gewinnabwehrgrundsatz". [42] Der Schadensersatz soll keinen

---

38) Die Naturalrestitution ist hier "juristisch" unmöglich. Selbst wenn eine Naturalrestitution zwar denkbar und konstruierbar, einer der Parteien aber unzumutbar ist, ist die Herstellung faktisch unmöglich, weil dann durch sie nicht der Zustand hergestellt wird, der ohne die Schädigung bestanden hätte. Es ist daher zumindest mißverständlich, wenn Hoppe, a. a. O. S. 44 ff. von einer "Fiktion der Unmöglichkeit" spricht.

39) So mit Recht LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197

40) LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197

41) Vgl. Fischer, Der Schaden S. 176, 219 u. 263; Mertens, a. a. O. S. 180 ff.; Esser, a. a. O. § 40 I 1; Heck, SchR § 11 Abs. 8 (S. 41)

42) Heck, ebenda

Gewinn bringen.[43] Eine Naturalrestitution ist daher im obigen Beispiel überhaupt nur dann möglich,[44] wenn die Tatsache, daß die Kläger durch die Schadensersatzleistung über mehr Freizeit verfügen, als sie ohne das schädigende Ereignis gehabt hätten, im Sinne des Gewinnabwehrgrundsatzes korrigiert werden kann.[45]

Eine Korrektur in der Form, daß der Geschädigte weniger zusätzliche Freizeit erhält als der Schädiger beeinträchtigt hat, kommt nicht in Betracht. Durch die Erlangung der zusätzlichen Freizeit soll der Geschädigte in die Lage versetzt werden, die ursprünglich geplante Freizeitsgestaltung nachzuholen. Dies kann er aber nur, wenn er über einen der beeinträchtigten Freizeit entsprechenden Zeitraum verfügen kann. Würde man von der zu verschaffenden zusätzlichen Freizeit einige Stunden oder Tage abziehen, um dem Gewinnabwehrgrundsatz gerecht zu werden, so würde man nicht mehr einen gleichartigen Zustand iSd § 249 Satz 1 BGB herstellen. In dem vom LG Hamburg entschiedenen Fall ließ sich der Vorteil der Kläger also nicht dadurch ausgleichen, daß man den Beklagten beispielsweise nur zur Verschaffung von drei Tagen Sonderurlaub verpflichtetete.

Als andere Korrekturmöglichkeit ist ein Geldausgleich zu erwägen. Diese Ausgleichsform wird z. B. bei der Frage des Ersatzes "Neu für Alt" vorgenommen.[46]

---

43) Mertens, Vermögensschaden S. 183, 189; Gernhuber JZ 61, 148 (151); a. M. Rother, Haftungsbeschränkung S. 238, der das Prinzip der Gewinnabwehr als "unbeweisbar" bezeichnet. Hiergegen zu Recht Mertens S. 188 Fn. 79

44) Planck-Siber § 251 Bem. 2 b und Staudinger-Werner § 251 Rdn. 12 verneinen in diesen Fällen generell die Möglichkeit einer "technischen Herstellung" (§ 249 Satz 1), ohne auf die Möglichkeit einer Korrektur einzugehen.

45) Die generelle Möglichkeit einer Korrektur auch im Rahmen der Naturalrestitution bejahen Enneccerus-Lehmann § 18 II 3 (S. 92), Mertens S. 182; BGH 24. 3. 59, BGHZ 30, 29 (32 f.) der diesen Ausgleich jedoch unrichtig als Vorteilsausgleichung bezeichnet. Da in dem dort entschiedenen Fall der Vorteil aber nicht durch das schädigende Ereignis, sondern durch die Art und den Umfang der Schadensersatzleistung verursacht wurde, mußte der Ausgleich aufgrund des Gewinnabwehrgrundsatzes erbracht werden (so auch Esser I § 48 I 2 (S. 339)).

46) Vgl. BGH 17. 6. 53, BGHZ 10, 107; 24. 3. 59, BGHZ 30, 29; 26. 5. 66, VersR 66, 780; OLG Schleswig 4. 10. 51, MDR 52, 747; LG Braunschweig 4. 2. 54, VersR 54, 244; Soergel-Reimer-Schmidt §§ 249-253 Rdn. 37; Staudinger-Werner § 251 Rdn. 12, Mertens a. a. O. S. 182; Esser § 48 I 3, (S.349). Zur Schadensberechnung beim Problem "neu für alt" in Österreich

Dieser Ausgleich erscheint deshalb geeignet, als Geldersatz sich in der Regel als das labilere, geschmeidigere Entschädigungs- und Ausgleichsmittel erweist.[47] Es erscheint aber im Ergebnis merkwürdig, daß in dem Fall des LG Hamburg die Kläger einen Anspruch auf fünf Tage zusätzlichen Urlaubs nur Zug um Zug gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme haben sollen, zumal die Höhe der Geldsumme wohl kaum exakt zu berechnen sein wird. Die Schwierigkeiten folgen aus der Inkommensurabilität von immateriellen Schäden und Geld.[48] Ebenso wie es uns fremd ist, Nichtvermögenswerte in die Bilanz eines Vermögensschadens einzusetzen,[49] sträubt sich unser Rechtsgefühl dagegen, dem Geschädigten einen Vermögensnachteil in Form einer Ausgleichszahlung dafür aufzuerlegen, daß er durch die Schadensersatzleistung des Schädigers einen immateriellen Vorteil erlangt. Ein Geldausgleich für die durch die Schadensersatzleistung erlangten Vorteile ist daher nur möglich, wenn der Geschädigte dadurch einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil erlangt hat. Nur dann ist es möglich und nur dann kann dem Gläubiger zugemutet werden, getreu dem Gewinnabwehrgrundsatz die durch die Schadensersatzleistung hervorgerufene Vergrößerung seines Vermögens durch Geld auszugleichen.

Da der Freizeitgewinn jedoch nur einen immateriellen Vorteil darstellt,[50] kann man dem Gewinnabwehrgrundsatz nicht durch eine Ausgleichszahlung in Geld gerecht werden. Dies verhindert die Inkommensurabilität von immateriellem Schaden und Geld.
Andere Korrekturmöglichkeiten sind nicht denkbar. Es folgt daher aus dem Gewinnabwehrgrundsatz,[51] daß in den Fällen, in denen eine Naturalrestitution

---

Fortsetzung Fn. 46)
vgl. Koziol Jur. Bl. 65, 337 ff. Gegen eine diesbezügliche Ausgleichung einst Oertmann LZ 1916 Sp. 1513 (1517 f.)

47) Hoppe Diss. S. 42

48) Vgl. Stoll a. a. O. S. 127; Fischer a. a. O. S. 261 f.; Degenkob AcP 76 (1890) 24

49) Mertens FamRZ 69, 251 (254); Heldrich JuS 69, 455 (459)

50) Vgl. im Einzelnen das zweite Kapitel unten S. 21 ff.

51) Auch beim Ersatz immateriellen Schadens gilt der Gewinnabwehrgrundsatz. So hat der Beleidigte oder Verleumdete nach §§ 823 Abs. 2 iVm §§ 185 ff. StGB sowie nach § 826 BGB iVm § 249 Satz 1 BGB einen Anspruch auf Widerruf. Der Widerruf soll dem Verletzten jedoch nicht Genugtuung verschaffen oder sein Rechtsgefühl wieder herstellen, sondern nur die unwahre Behauptung aus der Welt schaffen. Aus dem Gewinnabwehrgrundsatz folgt, daß ein Widerruf nicht zur "Abbitte" führen darf. Stellt ein Widerruf zugleich eine Abbitte dar, so ist die Naturalrestitution unmöglich. Vgl. BGH 17. 6. 53. NJW 53, 1386 im Anschluß an RG 6. 3. 40, RGZ 163, 210 (216);

dem Geschädigten einen ungerechtfertigten Freizeitgewinn verschaffen würde, die Naturalrestitution ebenfalls unmöglich ist. [52]

Im Ergebnis bleibt festzustellen, daß eine Naturalrestitution bei Freizeitsbeeinträchtigungen zwar in einigen Fällen denkbar ist, sie sich jedoch häufig nicht verwirklichen lassen wird. Dies kann an der fehlenden Einwilligung des Dienstberechtigten [53] oder daran liegen, daß die Durchführung der Naturalrestitution gegen den Gewinnabwehrgrundsatz verstoßen würde.
Liegen diese Hindernisse nicht vor, läßt sich eine Naturalrestitution dadurch verwirklichen, daß der Schädiger dem Geschädigten unbezahlten Sonderurlaub verschafft oder für ihn eine Ersatzkraft stellt, so daß der Geschädigte dadurch zusätzliche Freizeit erlangt.

D) Schadensersatz nach § 249 Satz 2 BGB

Häufig wird es allerdings dem Geschädigten nicht recht sein, daß der Schädiger sich um die Verschaffung von (zusätzlicher) Freizeit selbst bemüht. So wird er sich die Ersatzkraft selbst auswählen und selbst bei seinem Dienstberechtigten um (unbezahlten) Sonderurlaub vorsprechen wollen.

Dem Geschädigten ist daher eine gewisse Dispositionsfreiheit bezüglich der Schadensregelung in der Form einzuräumen, daß man ihm das Recht zubilligt, von dem Schädiger den zur Freizeiterlangung erforderlichen Geldbetrag zu ver-

---

Fortsetzung Fn. 51)
OGH BrZ, OGH 1. 1. 48, OGHZ 1, 182 (190) = NJW 49, 24; vgl. auch RG 28. 12. 1899, RGZ 45, 170 (Bismarckbildnis); 3. 10. 1918, RGZ 94, 1; 5. 1. 43, RGZ 170, 317; BGH 5. 6. 62, BGHZ 37, 187 (189); Erman-Sirp § 249 Anm. 6i; Helle, Schutz der persönlichen Ehre S. 9 ff.; Böttcher MDR 63, 353 (358)

52) Planck-Siber § 251 Bem. 2b; Staudinger-Werner § 251 Rdn. 12; Heck, SchR S. 41

53) Der Geschädigte selbst wird idR sein Einverständnis zur Naturalrestitution geben, um nach § 249 Satz 2 BGB vom Schädiger den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Diesen Geldbetrag braucht er nach h. M. nicht tatsächlich zur Herstellung zu verwenden. Vgl. BGH 29. 10. 57, NJW 58, 627; Esser § 41 II 3b; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens S. 7 Fn. 1; Larenz SchR § 15 II a; Zeuner AcP 163, 380 (395) a. M. einst Kreß SchR I S. 347 Anm. 17 u. Askenasy, Gruchot Beitr. 70, 373 (376 Anm. 8). Hiergegen zu Recht Wiese, a. a. O.

langen und sich die Freizeit selbst zu beschaffen. [54] Zwar kann nach dem Wortlaut des § 249 Satz 2 BGB der Gläubiger nur im Falle der Verletzung seiner Person den für die Naturalrestitution eines immateriellen Schadens erforderlichen Geldbetrag verlangen, jedoch gilt dieses entsprechend in den anderen Fällen eines immateriellen Schadens. [55]

Immaterielle Schäden beruhen stets auf einem Eingriff in die persönliche Sphäre und Integrität des Geschädigten, so daß für diesen eine Naturalrestitution durch den Schuldner unzumutbar sein kann. Der Geschädigte darf daher zwischen Naturalersatz und Geldleistung (§ 249 Satz 2 BGB) wählen.

Da es sich bei dem Anspruch gemäß § 249 Satz 2 BGB um einen Herstellungsanspruch und nicht um einen Entschädigungsanspruch handelt, [56] liegt in der Zubilligung dieses Anspruchs auch kein Verstoß gegen § 253 BGB.
Aus der Akzessorietät des Anspruchs aus § 249 Satz 2 BGB zum Anspruch aus § 249 Satz 1 BGB folgt,daß der Geschädigte nur dann den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen kann, wenn eine zusätzliche Freizeitbeschaffung auch tatsächlich möglich ist. Er hat daher im konkreten Schadensfall beispielsweise das Einverständnis seines Dienstberechtigten mit dem zusätzlichen Urlaub nachzuweisen etc. Wo Herstellung nicht möglich ist, hat es auch keinen Sinn "dem Gläubiger (weiterhin) einen Anspruch auf den dazu erforderlichen Geldbetrag" zu geben. [57] § 249 Satz 2 BGB ermöglicht also nur in den Fällen, in denen - trotz § 253 BGB - bereits eine Schadensersatzverpflichtung nach

---

54) So auch Esser § 41 II 4a u. Fn. 26

55) Wiese a. a. O. S. 7; Esser § 41 II 4 a; Soergel-Reimer-Schmidt §§ 249-254 Rdn. 84. A. M. wohl Larenz § 15 II b im Falle der Gebrauchsentziehung eines Kraftfahrzeuges, der jedoch übersieht, daß in dem von ihm gebrachten Beispiel ein Schadensersatzanspruch nach § 249 Satz 2 BGB bereits wegen der Akzessorietät zu § 249 Satz 1 BGB entfällt. Da beim Entzug eines Kraftfahrzeuges nach Rückgabe eine Herstellung nicht mehr möglich ist, entfällt auch der Anspruch aus § 249 S. 2 BGB (so Esser § 41 II 3 b im Anschluß an Bötticher VersR 66, 301 (307)). Nach Staudinger-Werner § 249 Rdn. 15 gilt § 249 Satz 2 BGB zumindest bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (vgl. hierzu das 3. Kapitel).

56) Wiese a. a. O. S. 7; Esser § 41 II 3 b

57) Esser § 41 II 3 b; Bötticher VersR 66, 301 (307 m. w. N.); Essers Meinung (§ 42 Fn. 26), das OLG Frankfurt hätte dem Kläger den Anspruch aus § 249 S. 2 BGB geben müssen, kann daher nur dann gefolgt werden, wenn erwiesen ist, daß der Kläger sich fünf zusätzliche Urlaubstage hätte verschaffen können.

§ 249 Satz 1 BGB bestand, eine andere Schadensabwicklung. 58)

58) Geht man davon aus, daß es sich bei dem Anspruch nach § 250 S. 2 BGB nicht um einen Entschädigungs- sondern um einen Herstellungsanspruch handelt (vgl. die Nachweise oben Fn. 29), so kann der Geschädigte seinen (Herstellungs-) Anspruch nicht nur auf § 249 S. 2 BGB sondern nach Fristsetzung auch auf § 250 S. 2 BGB stützen. Sieht man mit der h. M. (vgl. Fn. 29) den Anspruch aus § 250 S. 2 BGB als Entschädigungsanspruch an, so verbietet § 253 BGB eine Anwendung des § 250 S. 2 BGB bei immateriellen Schäden. Gegen diese Ansicht wendet Esser (§ 41 II 3c) im Anschluß an Frotz (JZ 63, 391) zu Recht ein, daß § 250 BGB die Stellung des Gläubigers verbessern und nicht verschlechtern solle.

2. KAPITEL
Freizeitsbeeinträchtigungen als Vermögensschaden iSd §§ 251/253 BGB

In den Fällen, in denen eine Herstellung nicht möglich oder nicht genügend ist, gibt § 251 BGB dem Geschädigten einen Anspruch auf Entschädigung in Geld, wenn es sich bei dem eingetretenen Schaden um einen Vermögensschaden handelt. Es fragt sich also, ob und inwieweit der Satz "Time is money" im Schadensrecht gilt.

Obgleich das BGB häufig den Begriff des Vermögens verwendet, [1] sucht man eine Definition vergebens. Dies ist nicht weiter verwunderlich, da es den Begriff Vermögen in sehr verschiedenen Normenkomplexen gebraucht [2] und ihm dabei unterschiedliche Bedeutung beilegt. [3]
Der Gesetzgeber hat es auch unterlassen, den Begriff des Vermögensschadens näher zu umschreiben. [4] Allerdings machte er unter dem Einfluß Windscheids in den Beratungen der ersten Kommission die gemeinrechtliche Lehre vom Interesse zur Grundlage seiner schadensrechtlichen Konzeption. [5] Damit folgte er der Formel Mommsens, der "das Interesse als die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses zu dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde", definiert. [6]
Diese Interessen- oder Differenztheorie gibt aber nur über die Frage des Schadensumfangs Aufschluß, bestimmt also nur, wie ein Vermögensschaden zu ersetzen ist. Nicht aber beantwortet sie die Frage, ob es sich bei dem Schaden um einen Vermögensschaden handelt. [7] Dies folgt bereits daraus, daß Momm-

---

1) Vgl. §§ 45 ff.; 82, 87 f.; 253, 310 f., 390, 419, 517, 847, 1085, 1364, 1374 ff., 1413, 1624, 1630, 1683, 1690, 1822, 1909, 1922, 1981, 2128
2) Larenz, Allg. Teil S. 305 f.; Lange, Allg. Teil § 32 I 2; Heldrich NJW 67, 1737 (1739)
3) Lange a. a. O.
4) Vgl. Mot. II S. 19: "Die Festlegung des Schadensbegriffes... (kann) nicht für alle Fälle nach allen möglichen ... zweifelhaften Seiten hier durch das Gesetz erfolgen."
5) Vgl. Mertens, Vermögensschaden S. 21; Weychardt, Diss. S. 29, 30 f.; Neuwald, Diss. S. XVII
6) Zur Lehre von dem Interesse S. 3
7) Hierauf weist v. a. Nörr AcP 158 S. 1 (5 Fn. 22) hin. Nur in diesem Sinne verstand auch Mommsen die Differenztheorie (a. a. O. S. 3, 18, 27, 40, 118 ff., 122 ff.). Vgl. auch Zeuner, AcP 163, 380 (383, 385) und Fikent-

sen gerade von der Differenz der Vermögenslagen des Geschädigten ausgeht und insoweit den Begriff des Vermögens als definiert voraussetzt.
Da sich aus der herrschenden Differenztheorie nichts für die Abgrenzung des Vermögensschadens vom immateriellen Schaden ergibt, müssen deren Vertreter dem Vermögensbegriff noch einen festen Inhalt geben. Hierzu bedienen sie sich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. [8] Bei dieser Abgrenzung folgen ihnen die Vertreter des objektiven (normativen) [9] und die Vertreter des konkreten (realen) Schadensbegriffs. [10] [11]

Diese am wirtschaftlichen Gut und damit in erster Linie an den faktischen Gegebenheiten orientierte Vermögensbetrachtung findet ihre Rechtfertigung in der Entscheidung des Gesetzgebers, die Vermögenszugehörigkeit eines Gutes am Maßstab des Geldwertes zu messen; [12] denn eine Entschädigung bzw. ein Ausgleich in Geld (§ 251 BGB) ist nur bei Vermögensgütern möglich. Immaterielle Schäden zeichnen sich durch ihre Inkommensurabilität in Geld aus. [13] Wenn aber ein Gut im Wirtschaftsleben allgemein in Geld bewertet wird [14] bzw. einen in Geld ausdrückbaren Vermögenswert hat, [15] dann ist der an ihm entstandene Schaden in Geld meßbar und durch Geld ersetzbar. Letztlich geht die

---

Fortsetzung Fn. 7)
scher § 50 I 6; Wiese S. 21. § 287 Abs. 1 ZPO gebraucht sowohl die Ausdrücke Schaden wie Interesse nebeneinander.

8) Larenz VersR 63, 312; BGH 30. 9. 63, BGHZ 40, 345 (347); v. Tuhr Krit. VJ Schr. 47, 63 f.; Fischer a. a. O. S. 18; Esser § 41 I 1

9) Neuner AcP 133, 277 ff.; Wilburg Jher. Jb. 82, 51 ff. (127 ff.); Neumann Jher. Jb. 86, 277 ff.; Bydlinski, Probleme S. 29 ff.; Rabel, Warenkauf I S. 449 ff.

10) Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 5 f.; Kommentar II S. 27; Walsmann, Compensatio S. 10; Larenz, Vertrag und Unrecht S. 84; ders., SchR I § 14 II a; Staudinger-Werner, Vorb. 9 zu § 249. Weitere Nachweise zu Fn. 9 u. 10 bei Mertens a. a. O. S. 50 ff.

11) Diese Meinungen weichen von der Differenztheorie lediglich bei der Schadensberechnung ab, indem sie sich teilweise von dem rein subjektiven Schadensbegriff der h. L. entfernen und den Schaden in einen (objektiven bzw. realen) Mindestschaden und das Interesse aufgliedern. Vgl. im einzelnen Mertens S. 50 ff. und Neuhaus S. 6 ff.

12) Cramer, Vermögensbegriff im Strafrecht S. 89

13) Stoll a. a. O. S. 127

14) Wiese a. a. O. S. 17; Neuner AcP 133, 277 (307)

15) Larenz VersR 63, 312; Brusiin, Zum Problem des immateriellen Schadens S. 10

h. L. also von einem natürlichen-vorrechtlichen [16] Vermögensbegriff aus. Über die Zugehörigkeit eines Gutes zum Vermögen entscheidet die Verkehrsanschauung. Da auch diese für die Zuordnung eines Gutes zum Vermögen das Geld als Maßstab ansieht [17] und Geldbewertungen und -bewegungen vor allem Bestandteile des Wirtschaftslebens sind, dokumentiert sich die Verkehrsanschauung maßgebend im Wirtschaftsleben.

A) Die Auffassung der h. M.

Die Frage, ob die Freizeit nach der Verkehrsanschauung unter die Vermögensgüter einzuordnen ist, wird von der ganz überwiegenden h. M. verneint. [18] Sie hält es vielmehr für selbstverständlich, daß es sich bei der einfachen Beeinträchtigung von Freizeit um den typischen Fall eines immateriellen Schadens handelt. So schreibt Larenz:[19] "Daß der Genuß, sei es einer Seereise oder einer

---

16) Esser SchR I § 41 I 1 ; Mertens S. 122 f.

17) Wiese S. 21: "Der Maßstab, den der Verkehr (!) für die Zuordnung eines Gutes zum Vermögen zugrunde legt, ist das Geld."

18) BAG 24. 8. 67, NJW 68, 221 (222); OLG Celle 21. 11. 63, MDR 64, 413 = DAR 64, 190; LG München 3. 1. 61, DAR 61, 195; AG Lechenich 13. 10. 67, VersR 68, 707; Jhering Jher. Jb. 18, 43; Askenasy, Gruchot Beitr. 70, 373 (378); Geigel NJW 63, 765; Trinkner BB 67, 162; Heldrich NJW 67, 1737; Larenz, Festschr. Nipperdey I S. 496; ders., Allg. T. S. 307; ders. AP Nr. 7 zu § 249 BGB; ders., Festschrift Oftinger S. 159; ders. SchR I § 15 II b; Mertens S. 153; Esser § 41 II 4a Fn. 26; Wiese S. 19; Böttticher VersR 66, 301 (303); Erman-Sirp § 253 Anm. 1; Thiele SAE 68, 81; Staudinger-Ostler § 516 Rdn. 4; Neuwald Diss. S. 96; Weychardt Diss. S. 136.
Die "einfache Freizeit" sehen ebenfalls als immaterielles Gut an: OLG Frankfurt 17. 2. 67, NJW 67, 1372 (1373); OLG Bremen 28. 1. 69, VersR 69, 929 (Ls) S. 22 des Urteils, wohl auch KG 10. 10. 69, NJW 70, 474; LG Köln 11. 5. 66, MDR 66, 758; LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197; AG Ingolstadt 9. 7. 64, BB 64, 1062; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 252 Anm. 3, die jedoch einen Vermögenscharakter dann bejahen, wenn die Freizeit durch wirtschaftliche Aufwendungen bzw. durch Arbeit erkauft wurde. Die Vergeudung von Freizeit "schlechthin" sieht Grunsky a. a. O. S. 73 ff. als Vermögensschaden an. Unklar LG Hagen 6. 12. 62, NJW 63, 765

19) Festschrift Nipperdey I S. 496

Theateraufführung, des Reitens oder Skifahrens, die Annehmlichkeit der raschen Beförderung und der dadurch erzielte Gewinn an Freizeit als solche keine Vermögensgüter sind, kann, soll die Unterscheidung verschiedener Arten von Gütern überhaupt einen Sinn haben, doch wohl nicht bestritten werden."

Nach Wiese [20] kommt es für die Vermögenszugehörigkeit eines Gutes allein darauf an, daß der Verkehr bereit ist, das betreffende Gut als Geldwert anzusehen. Dies sei immer dann unbedenklich zu bejahen, wenn der betroffene Gegenstand im Verkehr gegen Geld erworben werden kann. Obgleich Freizeit in beschränktem Umfang durch Geldaufwendungen erlangt werden kann, [21] betrachtet Wiese die Einbuße an Freizeit als immateriellen Schaden, der "selbstverständlich beim Schadensersatz (in Geld) unberücksichtigt bleibt". Das Ergebnis deckt sich mit Wieses Definition, denn Freizeit ist kein Gegenstand sondern gehört dem personalen Bereich an. [22]

Auch Ostler [23] zählt die Freizeit zu den immateriellen Gütern, indem er die "Darbietungen des Kunstgenusses, die Fürsorge für Freiheit und Ehre eines anderen, für dessen geistige und körperliche Pflege" etc. als immaterielle Güter bezeichnet. Und in der Tat erscheint es bedenklich, eine Schenkung iSd § 516 BGB bereits darin zu sehen, daß jemand für einen anderen Zeit opfert. Wenn also beispielsweise die Großmutter auf ihren Enkel aufpaßt, um ihrer Tochter Freizeit zu verschaffen, oder der Studienkollege mit einem Examenskandidaten die Examensarbeit durchspricht, so liegt darin keine Schenkung. Die Ablehnung der Einordnung von Freizeit unter die Vermögensgüter wird damit begründet, daß Freizeit etwas in hohem Maße Subjektives, an die Person Gebundenes sei. [24] Ausschließlich an die Person gebundene Werte zählten aber zu den immateriellen Werten. [25] Die Feststellung, ob überhaupt eine Freizeitsbe-

---

20) a. a. O. S. 19 und 21

21) Vgl. oben S. 10 ff. und Festschrift Nipperdey S. 491

22) Mertens a. a. O. S. 153

23) Staudinger § 516 Rdn. 4

24) Larenz a. a. O. S. 497; ders. AP Nr. 7 zu § 249 BGB

25) Larenz, Festschrift Nipperdey § 497; Wiese S. 26; Stoll a. a. O. S. 127; Esser § 41 I 2; Cramer a. a. O. S. 240: "Freilich zählen die an die Person gebundenen Werte zu den immateriellen Gütern." Vgl. im einzelnen Mertens a. a. O. S. 124 ff. und 151 f., der ausführlich nachweist, daß ein immaterieller Schaden sich vorwiegend dadurch ausweist, daß er ausschließlich die personale Sphäre betrifft, während bei einem Vermögensschaden sich das Schadensereignis im gegenständlichen Bereich auswirkt. Zu diesem Ergebnis gelangt Mertens durch Bildung einer Synthese der beiden ursprünglichen Bedeutungen des Begriffes Vermögen. (1. was jemand vermag; 2. was jemand gegenständlich hat, was ihm gehört!) Vermögen sind nach Mer-

einträchtigung - und damit ein Vermögensschaden - vorliege, entziehe sich deshalb auch einer im Rahmen des Vermögensschadensrechts notwendigen, objektiven Beurteilung. [26] Außerdem wird eingewandt, daß eine Freizeitsbeeinträchtigung bereits mangels meßbarer Vermögenswerte nicht als Vermögensschaden angesehen werden könne. [27]

Lediglich Grunsky [28] zählt die Freizeit zu den Vermögensgütern und bejaht dementsprechend bei einer einfachen Freizeitsvergeudung bereits das Vorliegen eines Vermögensschadens. Es ist deshalb zunächst eine Auseinandersetzung mit dieser Argumentation erforderlich. Sollte sie sich als nicht überzeugend erweisen, muß untersucht werden, inwieweit die Tatsache, daß die beeinträchtigte Freizeit durch Vermögensaufwendungen erkauft wurde, für die Frage des Vorliegens eines Vermögensschadens von Bedeutung ist.

Fortsetzung Fn. 25)

tens "die Gegenstände in ihrer Bedeutung als Potential, als Mittel, sich zu bestätigen, und die Handlungsmacht in ihrer gegenständlichen Gebundenheit an ein Reservoir sachlicher Hilfsmittel". (S. 124) Das Vermögen bezeichnet dann ein "Können durch Haben" bzw. "ein Haben, um zu können". Personengüter gehören dann nicht zum Vermögen, da es hier an der Gegenständlichkeit fehlt.

Dieser Abgrenzung ist zu folgen. Der immaterielle Schaden zeichnet sich dadurch aus, daß er "höchst persönlich ist" (Stoll a. a. O. S. 127). Nicht ohne Grund bezeichnet man diese Schäden daher auch als ideelle Schäden. Die Verkehrsanschauung sieht nur das gegenständliche Potential als Vermögen an, nicht aber die noch völlig in der Person ihres Trägers liegenden, rein persönlichen Güter. Auch die Vertreter der Differenztheorie bedienen sich zur Abgrenzung des Vermögensschadens des Erfordernisses der Gegenständlichkeit, ohne allerdings die Bedeutung dieser Voraussetzung als Hauptabgrenzungskriterium erkannt zu haben. So schreibt z. B. Esser S. 271: "Bezüglich der Art und Weise der Ersatzleistung trifft das Gesetz Unterscheidungen, die... in der Auffassung gründen, der Verletzte solle aus seiner persönlichen Betroffenheit keine wirtschaftlichen Vorteile ziehen."

26) Heldrich NJW 67, 1737 (1739)

27) Zum Erfordernis der Meßbarkeit eines Vermögensschadens in Geld vgl. Mertens S. 153 ff.; die fehlende Meßbarkeit von der einfachen Freizeitsbeeinträchtigung wird v. a. von den Vertretern, die in einem durch wirtschaftliche Aufwendungen erkauften Freizeitsperiode einen Vermögensbestandteil sehen, hervorgehoben. Vgl. OLG Frankfurt 17. 2. 67, NJW 67, 1372 (1373); LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197.

28) a. a. O. S. 36 ff.; unklar LG Hagen 6. 12. 62, NJW 63, 765

B) Die Auffassung Grunsky's

Mit der h. M. geht Grunsky davon aus, daß sich die Vermögenszugehörigkeit eines Gutes nach der Verkehrsanschauung richtet. Maßgebliches Kriterium sei der Umstand, ob die Beeinträchtigung gegen Geld ausgeglichen werden könne. "Jedes Gut, das gegen Geld erworben werden kann, stellt einen Vermögenswert dar, womit bei seinem Entzug ein Vermögensschaden anzunehmen ist. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob für das Gut ein Markt besteht, entscheidend ist allein, ob die Verkehrsanschauung das Gut als Geldwert ansieht. [29]

Bereits in diesen Ausführungen steckt ein Widerspruch. Es ist keineswegs so, daß die Verkehrsanschauung jedes Gut, das gegen Geld erworben werden kann, auch als Vermögenswert ansieht. In der heutigen Zeit kann nahezu jedes immaterielle Gut durch Geldaufwendungen erworben werden. Ja, selbst das völlig immaterielle Gut der Ehre, der sozialen Stellung und des Ansehens, [30] ist in gewisser Weise "käuflich". So kann man sich z. B. mit einer guten Public-Relations Firma ein besseres "image" verschaffen. Trotzdem wird niemand auf die Idee kommen, in dem Angriff auf das Ansehen eines Politikers, der sich einer solchen Institution bedient, einen Vermögensschaden zu sehen - das selbst dann nicht, wenn der Geschädigte dadurch gezwungen ist, zwecks erneuter Aufbesserung seines Ansehens der Public-Relations-Firma einen weiteren Auftrag zu erteilen. Es ist wenig einleuchtend, daß ein bestimmter Genuß dadurch zu einem Vermögensgut werden soll, daß man sich einen derartigen Genuß regelmäßig gegen Geld verschaffen kann. Denn mit dieser Begründung könnte man auch Gesundheit, längeres Leben und überhaupt nahezu alle Arten von idellen Gütern in Vermögensgüter verwandeln. [31] Wie Grunsky [32] selbst zutreffend ausführt, ist

---

29) Grunsky S. 34

30) Zur Abhängigkeit des Sozialprestiges von Vermögensaufwendungen in Form von demonstrativem Konsum vgl. unten S. 59

31) Larenz, Festschrift Nipperdey I S. 496. Bei konsequenter Durchführung dieser Abgrenzung würde der Zuhälter, dem sich seine Braut verabredungswidrig verweigert, allein deshalb einen Vermögensschaden erleiden, weil der Genuß des Beischlafs bei seiner "Braut" gegen Geld erworben werden kann. Insoweit einschränkend Enneccerus-Lehmann § 14 I 2; Komm. Oertmann § 253 Rdn. 2; Neumann-Duesberg DB 56, 887, nach denen Genußbeeinträchtigungen nur dann zum Vermögensschaden zählen, "falls die betreffenden Genüsse ohne Verstoß gegen Gesetz und gute Sitten im Verkehr gegen Entgelt erlangt zu werden pflegen". Jedoch ist auch diese Ansicht aus den oben angeführten Gründen nicht haltbar.

32) a. a. O. S. 34, so auch Strasser S. 56; Kohler ArchBürgR 12, 1 ff.; Zeuner AcP 163, 380 (389), der dieses Argument nur zur Ablehnung der Differenz-

es Hauptzweck des Geldes als Vermögenswert par excellance, sich das Leben damit angenehmer gestalten zu können. Für die Vermögenszugehörigkeit eines Gutes kann daher nicht die Tatsache, daß es gegen Geld erworben werden kann, entscheidend sein. [33] Richtig ist vielmehr allein das zweite Abgrenzungskriterium Grunsky's, ob nämlich die Verkehrsanschauung das Gut Freizeit als Geldwert ansieht.

Eine derartige Verkehrsanschauung bejaht Grunsky und bildet zur Begründung seiner Meinung zwei in diesem Zusammenhang interessierende Fallgruppen, die er im Ergebnis allerdings gleich behandelt.

Zunächst untersucht Grunsky die Fälle, in denen der Geschädigte durch das schädigende Ereignis gezwungen wird, in seiner Freizeit Arbeitskraft aufzuwenden. [34] Unter Verweisung auf das Bereicherungsrecht stellt Grunsky den Satz auf, daß jede Arbeitsleistung, die für einen anderen erbracht werde, einen Vermögenswert habe. Es könne dann aber nichts anderes gelten, wenn man für sich selber arbeite. Wer also gezwungen werde, infolge des schädigenden Ereignisses Arbeitskraft aufzuwenden, opfere damit einen Vermögenswert und erhalte deshalb einen Schadensersatzanspruch. [35]

Als zweite Fallgruppe untersucht Grunsky die Fälle, in denen die Freizeit des Geschädigten beeinträchtigt wird, ohne daß er dabei eine Arbeitsleistung er-

---

Fortsetzung Fn. 32)

theorie gebraucht und nicht berücksichtigt, daß diese Tatsache gerade seinen Vermögensbegriff in Frage stellt.

33) Aus dem gleichen Grunde ist die von den Vertretern des Funktionsschadens vorgenommene Abgrenzung zwischen immateriellem und materiellem Schaden zu verneinen. Nach M. L. Müller, Bedeutung des Kausalzusammenhangs S. 90 ff. und Mauczka, Rechtsgrund S. 24 ff., 94 ff., liegt ein Vermögensschaden auch dann vor, wenn es sich bei dem durch das schädigende Ereignis entstandenen Bedürfnis um einen immateriellen Schaden im herkömmlichen Sinne handelt, wenn nur der aus dem Bedürfnis entspringende Bedarf mit Geldmitteln gedeckt werden kann (vgl. im Einzelnen Neuhaus Diss. S. 28 ff.). Hiergegen wendet Esser (§ 41 II 4 a) zu Recht ein, "daß wohl niemand auf den Gedanken kommen werde, daß etwa die Gesundheit, deren Herstellung durchaus Geldaufwendungen erfordern könne, eben wegen dieser Aufwendungen als vermögenswertes Gut zu betrachten sei".

34) a. a. O. S. 73; dies ist der vom BAG 24. 8. 67, NJW 68, 221 entschiedene Fall.

35) S. 73 ff.

bringt.[36] Ausgangspunkt für die Lösung dieser Fälle ist für Grunsky die Tatsache daß die Arbeitskraft für die weitaus meisten Menschen die finanzielle Grundlage ihrer Existenz bildet.[37] Da fast jeder seine Arbeitskraft in Geld umsetze, sei es gerechtfertigt, in der Arbeitskraft zumindest auch einen Vermögenswert zu sehen, wobei Grunsky allerdings nicht leugnet, daß in ihr außerdem starke personenrechtliche Komponenten enthalten seien.[38]

Zum Umsetzen von Arbeitskraft in Geld bedürfe es jedoch der Zeit. Der Verlust von Zeit sei somit identisch mit dem Verlust der Chance, Geld zu verdienen: "Zeit ist Geld". Hätte der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis die Möglichkeit gehabt, Geld zu verdienen, so liege ein Vermögensschaden vor. Ob er diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgenutzt hätte, geht den Schädiger nach Grunsky nichts an, da dies lediglich etwas mit der Disposition über das vorhandene Vermögen und nichts mit dem Vermögensbegriff selbst zu tun habe.[39]

"Wenn der Geschädigte glaubt, es sich leisten zu können, das Vermögen ungenutzt 'verkommen' zu lassen, so kann dies den Schädiger nicht entlasten."[40] Hätte der Geschädigte allerdings ohne das schädigende Ereignis nicht tatsächlich die Möglichkeit gehabt, Geld zu verdienen, was beim arbeitsunfähigen Rentner oder dem noch nicht arbeitsfähigen Kind der Fall sei, so erleide er durch einen Freizeitverlust nur einen immateriellen Schaden. Dieser sei lediglich bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 847 BGB bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen.[41] Von einem Vermögensschaden könne auch dann nicht gesprochen werden, wenn der Geschädigte lediglich den Zeitpunkt seiner Freizeit anders bestimmen müsse oder es sich um bloße Freizeitsbeeinträchtigungen handele, da dann der Geschädigte keine Freizeit - also kein Ar-

---

36) S. 76 hierunter fallen auch die Sachverhalte, in denen der Geschädigte zur Beseitigung der Schadensfolgen Zeit aufwendet (er sucht eine Werkstatt, Anwalt, Arzt ect. auf).

37) S. 76

38) S. 77; die Arbeitskraft sehen in Österreich als Vermögensgut an: Koziol, Z. f. Rvgl. 69, 22 (31); Bydlinski, Probleme S. 50 ff.; Steininger, Festschrift Wilburg S. 181 ff.; ders. Jur. Bl. 66, 543; Fröhlich ZBl. jur. Prax. 31, 550 f.; Klang-Wolff Komm. VI 2, S. 3. Im deutschen Recht verneint die h. M. einen Vermögenscharakter der Arbeitskraft als solcher, vgl. BGH 7. 10. 66, VRS 32, 10; 25. 9. 63, BGHZ 38, 55 ff.; OLG Bremen 28. 1. 69, VersR 69, 929 (Ls. S. 20 u. 22 d. Urt.), Mertens S. 152 Fn. 34 m. w. N., vgl. im einzelnen unten S. 29 ff.

39) S. 78

40) S. 77

41) S. 78 Fn. 209

beitspotential - verliere.[42]

Bei der Berechnung der Schadenshöhe geht Grunsky nicht von dem derzeitigen Gehalt bzw. Verdienst des Geschädigten aus. Die Höhe bestimmt er vielmehr danach, was der Geschädigte in der vergeudeten Zeit hätte verdienen können, also nach dem Betrag, den er für seine Arbeitskraft bei optimaler Auswertung auf dem Arbeitsmarkt erlangen könnte.[43]

Gegen die Argumentation Grunsky's läßt sich zunächst einwenden, daß beileibe nicht jede einem Dritten erbrachte Arbeitsleistung als Vermögenswert anzusehen ist. Gräbt jemand das bereits gepflügte Feld eines Dritten um, so liegt darin zwar eine enorme Arbeitsleistung, einen Vermögenswert hat sie jedoch nicht. Ist das Feld gar schon bestellt, so wirkt sich die Arbeitsleistung sogar vermögensmindernd aus. Weder die Arbeitskraft noch die geleistete Arbeit haben daher "für sich" Vermögenswert. Das Bereicherungsrecht sieht daher bei der rechtsgrundlos erbrachten Arbeitsleistung auch nicht - wie Grunsky irrtümlich annimmt - die empfangene Arbeitsleistung, sondern die Ersparnis von Aufwendungen als Bereicherungsgegenstand an.[44] Dadurch ist gewährleistet, daß der Empfänger einer wertlosen Arbeitsleistung nicht als bereichert anzusehen ist.

Aufwendungen hat der Benutzer der Arbeitsleistung erspart, wenn er bei ordnungsgemäßem Vorgehen für die Benutzung hätte Entschädigung zahlen müssen.[45] Das ist der Fall, wenn er die Arbeitsleistung ihrer Art nach nur gegen Vergütung erhalten und erwarten konnte.[46] Die Arbeitsleistung kann der Bereicherte nur dann gegen eine Vergütung erwarten, wenn der Leistende seine Arbeitskraft mit der Arbeitsleistung wirtschaftlich auszunutzen beabsichtigte, er sie also auf den Vermögensbereich hinordnete.[47] Die nur potentielle Ver-

---

42) S. 84

43) S. 80 f.

44) Ganz h. M. RG 26. 11. 35, HRR 36 Nr. 461; BGH 8. 5. 56, BGHZ 20, 345 (355); Erman-Seiler § 812 Anm. 2c; Palandt-Thomas § 812 Anm. 5c; Die Dienstleistung als solche kann auch nicht Gegenstand einer Schenkung sein, sondern allein der Erlaß der hierfür zu beanspruchenden Vergütung (vgl. Staudinger-Ostler § 516 Rdn. 4; Enneccerus-Lehmann § 120 II 1 S. 487)

45) BGH 8. 5. 56, BGHZ 20, 355; Palandt-Thomas § 812 5c

46) Thiele, Festschrift Felgentraeger S. 402. Dabei kann der Bereicherte allerdings nicht einwenden, daß er sich bei Benutzungsverweigerung anderweitig beholfen haben würde, vgl. RG 20. 12. 1919, RGZ 97, 310

47) Thiele a. a. O. S. 401

mögenswirksamkeit der Arbeitskraft muß also aktualisiert [48] bzw. vergegenständlicht [49] werden. Wenn die Großmutter mit ihrem Enkel spazierengeht, so ist dies anders zu behandeln, als wenn eine Kinderschwester auf das Kind aufpaßt. Während die Großmutter ihre Arbeitskraft nicht wirtschaftlich nutzen wollte, gebraucht die Kinderschwester ihre Arbeitskraft als wirtschaftlichen Faktor. [50]
Nur ihr kann man einen Bereicherungsanspruch zusprechen, wenn beispielsweise die Mutter des Kindes geschäftsunfähig war.

Das gleiche gilt bei der Frage, ob ein Vermögensschaden vorliegt, wenn der Geschädigte für die Abwicklung des Schadensfalles Arbeitskraft aufwendet. Hier ist der Geschädigte gezwungen, seine Arbeitskraft unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten - zur Abwehr oder Verringerung eines Vermögensschadens - einzusetzen. Die erfolgreiche Nutzung der Arbeitskraft, die zwecks Erwerb von Vermögen oder zur Abwehr bzw. Beseitigung eines Vermögensschadens aufgewandt wird, hat Vermögenswert; denn sie wird wirtschaftlich genutzt, [51] und damit dem Vermögensbereich zugeordnet. Wenn daher der Privatmann M seinen von S beschädigten PKW in der Freizeit ausbessert, so kann er neben den Materialkosten auch eine Entlohnung der geleisteten Arbeit verlangen. [52] Darauf, ob M die Reparatur Spaß gemacht hat, kommt es nicht an, denn in jedem Falle hat seine Arbeitsleistung denselben wirtschaftlichen Wert. [53] In dieser Fallgruppe ist daher dem Lösungsvorschlag Grunsky's zu folgen.
Die Höhe des Anspruchs richtet sich allerdings nicht, wie Grunsky [54] meint, nach der Möglichkeit dessen, was M in der verlorenen Zeit hätte verdienen können, sondern allein nach dem objektiven Wert der Arbeitsleistung. Benötigte M für die Reparatur drei Tage, während sie von einem Fachmann in acht Stunden bewerkstelligt worden wäre, so ist die Arbeitsleistung des M den Betrag wert, den der Kfz-Mechaniker in acht Stunden verdient hätte. [55] Ein Unternehmer-

---

48) Thiele a. a. O. S. 402
49) Hagen JuS 69, 61 (68); Mestmäcker JZ 58, 521 (525)
50) Cramer a. a. O. S. 244
51) vgl. Cramer S. 244 f.
52) Einhellige Meinung RG 14. 4. 1917, RGZ 90, 154; BGH 3. 2. 61, NJW 61, 729; OLG München 26. 11. 55, VersR 66, 836 f.; 14. 10. 66, NJW 67, 398 = VersR 67, 483; KG 9. 10. 69, NJW 70, 431 m. w. N.
53) Esser § 42 IV 3c S. 291
54) S. 82 f.
55) Es bedarf für diese Lösung also nicht des Umweges über § 254 BGB, wie es Grunsky S. 83 vorschlägt.

gewinn steht M nicht zu. [56] Nur in Höhe des objektiven Wertes der Arbeitsleistung ist dem M ein Vermögensschaden entstanden.

In der zweiten Fallgruppe kann allerdings entgegen Grunsky's Ansicht kein Vermögensschaden bejaht werden. [57] Schon ein Ausgangspunkt, daß die Arbeitskraft als solche ein Vermögensbestandteil ist, ist zweifelhaft.
Die Arbeitskraft ist ein ausschließlich an die Person gebundenes Rechtsgut. Ihrer Substanz nach ist sie die Fähigkeit des Menschen, durch den Einsatz geistiger und körperlicher Kräfte Leistungen zu vollbringen, die einen wirtschaftlichen Wert haben. [58] Der Umfang dieser Fähigkeit hängt von der geistigen und körperlichen Konstitution ihres Trägers, von dessen Ausbildung und seiner durch Übung gewonnenen Erfahrung ab. [59] Ihre Elemente können nicht losgelöst von der Person gedacht werden. Sie wird daher von der weitaus h. M. [60] gleich der Gesundheit zu den immateriellen Gütern gezählt.

Ein wirtschaftlicher Wert kommt der Arbeitskraft im Gegensatz zur Gesundheit jedoch deshalb zu, weil sie wirtschaftlich genutzt werden kann. Man kann über seine Arbeitskraft verfügen, insbesondere kann man die Nutzungsmöglichkeit einem anderen vertraglich zuweisen, wie es alltäglich millionenfach geschieht.

Diese Nutzungsmöglichkeit stellt den eigentlichen Vermögenswert der Arbeitskraft dar, sie ist ihre wirtschaftliche Komponente. [61] Es wird daher immer häufiger die Auffassung vertreten, daß diesem Teil der Arbeitskraft ein selbständiger Vermögenswert beizulegen sei. [62] Auch die Vertreter dieser Meinung

---

56) Schulz VersR 67, 383; Esser § 42 IV 3c

57) S. 77

58) Nevoigt, Strafrechtl. Schutz der Arbeitskraft S. 4 f.; Frotz, Strafrechtl. Schutz; Mat. StrafR S. 279

59) Cramer S. 237, BGH 5. 5. 70, NJW 70, 1411 (1412)

60) RG 16. 11. 40, RGZ 165, 236; BGH 19. 6. 52, BGHZ 7, 30 (48); 2. 2. 65, VersR 65, 489 (491); 28. 9. 65, VersR 65, 1153; OLG Bremen 28. 1. 69, VersR 69, 929 (Ls. S. 20 und 22 d. Urt.); OLG Nürnberg 24. 9. 59, VersR 60, 1007; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht S. 519; Kollhosser AcP 166, 277 (284); Larenz VersR 63, 1 (7); Erman-Drees § 843 Bem. 3a; Mertens S. 152; Soergel-Zeuner § 842 Rdn. 3 m. w. N.; so jetzt auch BGH 5. 5. 70, NJW 70, 1411 (1412), der zu Recht darauf hinweist, daß der Wert der Arbeitskraft als solcher nicht bezifferbar ist, und sich allein der geldliche Wert der Arbeitsleistung ermitteln läßt; weitere Nachweise vgl. oben Fn. 40

61) Hagen JuS 69, 61 (68); Cramer S. 238

62) Neuner AcP 133, 270(312 f.); Bauer DAR 59, 113; Hagen JuS 69, 61 ff.; Thiele, Festschrift Felgentraeger S. 401; Cramer S. 237 ff.

sehen also nicht die Arbeitskraft als natürliche Fähigkeit des Menschen, d. h. ihrer Substanz nach, als Vermögensbestandteil an, sondern nur ihre wirtschaftliche Komponente„[63] ihren Nutzungswert.[64]

Diese Differenzierung wird damit begründet, daß ein Vermögensbestandteil versachlicht sein und dem Rechtsträger als Objekt, auf den sich seine Rechtsmacht beziehe, entgegentreten müsse.[65] Die Nutzungsmöglichkeit müsse daher erst von der Person ihres Trägers "entäußert" sein, damit ihr ein selbständiger Vermögenswert beigelegt werden könne.
Will man die Erwerbsfähigkeit überhaupt als vermögenswertes Recht ansehen, so kann auf diese Unterscheidung nicht verzichtet werden. Die noch völlig in der Person ihres Trägers integrierte Arbeitskraft ist letztlich nichts anderes als ein Aspekt der Gesundheit und daher immaterieller Natur. Wird daher z. B. einem notorischen Faulpelz, der ohnedies niemals einem Erwerb nachgehen wollte, infolge einer Körperverletzung ein Teil seiner (brachliegenden) Arbeitskraft genommen, so erleidet dieser nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise keinen Vermögensschaden.[66] Würde er neben dem Schmerzensgeld noch Schadensersatz erhalten, wäre er als bereichert anzusehen. Seine Arbeitskraft stellte lediglich eine vage Erwerbschance dar - eine potentielle Macht - der als Bestandteil des Menschen kein selbständiger Vermögenswert beigelegt werden kann. Auch könnte dieser Schaden nicht konkret berechnet werden,[67] er ist nicht genau in Geld ausdrückbar.
Ein Vermögensschaden kann daher - wenn überhaupt - nur in den Fällen vorliegen, wo sich das schädigende Ereignis nicht nur auf das personale Substrat der Arbeitskraft, sondern auf ihren Nutzungswert auswirkt. Dabei muß die Nutzungsmöglichkeit in irgendeiner Form aktualisiert werden, d. h. derart von der Person ihres Trägers entäußert sein, daß man ihr einen selbständigen Vermögenswert zusprechen kann.

Eine derartige Vergegenständlichung des Nutzungswertes der Arbeitskraft ist nur dann gegeben, wenn der Träger die Nutzungsmöglichkeit wirtschaftlich auszunutzen beabsichtigte[68] und sie so auf den Vermögensbereich hinordnete. Dies geschieht, indem die potentiellen Nutzungen der Arbeitskraft rechtsgeschäftlich oder von Rechts wegen einem anderen zugewiesen werden[69] oder wenn der Träger mittels seiner Arbeitskraft Werke schafft, die einen wirtschaftlichen Wert

---

63) Cramer S. 241; Thiele S. 401
64) Hagen a. a. O. S. 68
65) Mestmäcker JZ 58, 521 (525); Cramer S. 240
66) Kollhosser AcP 166, 277 (284); Hagen a. a. O. S. 69
67) Kollhosser AcP 166, 277 (284)
68) so auch Cramer S. 244; vgl. auch BGH 5. 5. 70, NJW 70, 1411 (1412)
69) vgl. Hagen JuS 69, 61 (68)

haben.[70] Wollte der Träger jedoch von dieser Nutzungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen oder wollte er dieses Potential nur für außerhalb wirtschaftlichen Denkens liegende Gefälligkeiten verwenden, so fehlt jegliche Hinordnung zum Vermögensbereich. Das Potential ist nicht derartig hinreichend konkretisiert und individualisiert, als daß man von einem selbständigen, gegenständlichen wirtschaftlichen Wert sprechen könnte.[71]

Wenn daher jemand einen anderen unter der Vorspiegelung, er sei kriegsversehrt, dazu veranlaßt, ihm die Koffer zu tragen, so fügt er diesem keinen Vermögensschaden zu, denn der Getäuschte will hier seine Arbeitskraft nicht als wirtschaftlichen Faktor gebrauchen.[72]

Daß die Absicht der Person, ihre potentielle wirtschaftliche Macht wirtschaftlich auszuwerten, unabdingbare Voraussetzung für die Annahme eines Vermögensgutes ist, zeigt auch das folgende Parallelbeispiel.

Unstreitig ist der Körper des Menschen ein rein immaterielles Gut des Menschen. Aber auch in ihm liegt eine wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit, von der u. a. Fotomodelle, Schönheitstänzerinnen, Mannequins und Dressmen Gebrauch machen. Muß nun eine Striptease-Tänzerin infolge eines Unfalls operiert werden und verbleibt ihr eine häßliche Narbe in der Magengegend, so könnte man bei ihr eventuell einen Vermögensschaden bejahen. Da sie die wirtschaftliche "Verwertungsmöglichkeit" ihres Körpers ausnutzte und diese auch weiterhin auszunutzen gedachte, könnte dieser Verwertungsmöglichkeit ein eigener wirtschaftlicher Nutzungswert beigelegt werden. Diese faktische Erwerbschance war hier hinreichend konkretisiert und individualisiert. Würde das gleiche Schicksal eine bildhübsche Richterin oder Studienrätin ereilen, so läge in der Verunstaltung des Körpers kein Vermögensschaden, denn diese hätten von der in ihrem Körper liegenden Nutzungsmöglichkeit niemals Gebrauch gemacht. Grunsky müßte auch hier einen Vermögensschaden bejahen, dessen Höhe sich danach richten würde, was die Richterin als Schönheitstänzerin verdient hätte. Ein merkwürdiges Ergebnis, denn hier lag die wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit noch völlig in der Person ihres Trägers, es fehlt jede Verselbständigung und Entäußerung dieses "Pontentials" und damit nicht zuletzt die "Gegenständlichkeit".

Auch die Ehre und das soziale Ansehen sind in gewissem Rahmen wirtschaftlich nutzbar. Man bezeichnet diese Nutzungsmöglichkeit als "persönlichen Kredit". Trotzdem wird wegen dieser Nutzungsmöglichkeit niemand auf die Idee kommen, die Verletzung der Ehre oder des sozialen Ansehens selbst als Vermögensschaden zu bezeichnen. Die Verletzung kann vielmehr zu einem Vermögensschaden führen.[73]

70) Thiele a. a. O. S. 401 f.; Cramer a. a. O. S. 238 Fn. 74

71) Mertens S. 151; Hagen a. a. O. S. 69

72) Beispiel nach Cramer a. a. O. S. 244

73) Vgl. auch § 824 BGB

Die Tatsache, daß ein Personengut wirtschaftlich nutzbar ist, genügt also nicht zur Einstufung dieses Gutes unter die Vermögensgüter. Bei der Arbeitskraft ist vielmehr weitere Mindestvoraussetzung, daß sie gegenständlich fixiert ist, d. h., daß ihr Träger sie wirtschaftlich verwerten wollte. Dann ist aber der Satz: "Zum Umsetzen von Arbeitskraft in Geld bedarf es der Zeit, also ist der Verlust von Zeit identisch mit dem Verlust einer Chance, Geld zu verdienen, so daß Zeit Geld ist" [74] nicht richtig. Wohl ist Grunsky darin zuzustimmen, daß zur Aufwendung von Arbeitskraft Zeit erforderlich ist. Der Verlust von Zeit ist damit aber nur der Verlust einer Chance, Arbeitskraft einzusetzen. Und nur, wenn die Arbeitskraft in dieser Zeit wirtschaftlich verwertet werden sollte, liegt in dem Verlust von Zeit zugleich der Verlust einer Chance, Geld zu verdienen. Sollte die Arbeitskraft in dieser Zeit überhaupt nicht oder jedenfalls nicht als wirtschaftlicher Faktor eingesetzt werden, so bedingt der Verlust von Zeit gerade nicht den Verlust einer Chance, Geld zu verdienen.

Erinnern wir uns jetzt an die oben aufgestellte Zweckdefinition der Freizeit, [75] so zeigt sich, daß in dem Verlust von Freizeit niemals ein Vermögensschaden gesehen werden kann. Unter Freizeit hatten wir dort die Zeit verstanden, "in der keine Tätigkeit ausgeübt wird, durch die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, ein Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte". Es fallen daher die Zeiträume, die der Geschädigte zur wirtschaftlichen Nutzung seiner Arbeitskraft verwenden wollte, nicht unter den Begriff Freizeit. Es handelt sich dabei vielmehr um Arbeitszeit, deren Beeinträchtigung zu einem Schadensersatzanspruch nach § 252 BGB führt.
Freizeitverluste und -beeinträchtigungen implizieren daher niemals den Verlust einer Chance, Geld zu verdienen. Damit aber fällt Grunsky's Argumentation in sich zusammen. Da die Freizeit gerade kein Vermögenswert ist, kann das Argument "es sei ausschließlich Sache des Vermögensinhabers, was er mit seinem Vermögen macht", [76] nicht durchgreifen.
Außerdem kommt Grunsky's Theorie zu merkwürdigen Ergebnissen und führt zu unüberwindbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. So würde die Freizeitsvergeudung einer Ärztin, die als Sprechstundengehilfin tätig ist, einen Vermögensschaden darstellen, dessen Höhe sich nicht nach ihrem tatsächlichen Gehalt, sondern

---

74) Grunsky a. a. O. S. 77

75) Vgl. oben S. 4
Grunsky selbst definiert den Begriff der Freizeit zwar nicht, es läßt sich seinen Ausführungen jedoch entnehmen, daß auch er die Freizeit als Negativ der Arbeitszeit auffaßt.

76) Grunsky a. a. O. S. 77 u. 33 f.

nach ihrem möglichen (höheren) Verdienst richtet. Wenn aber ihrer Freizeit dieser Vermögenswert beigelegt wird, so würde sie im Falle ihrer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung einen erheblichen Vermögensgewinn verzeichnen können. Da die Freizeit der Ärztin - nach Grunsky - mehr wert ist als die Arbeitszeit, [77] müßte sie an ihren Arbeitgeber im Wege der Vorteilsausgleichung die Differenz zwischen ihrem potentiellen - optimalen - Gehalt und ihrem realen Gehalt zahlen. Wahrscheinlich würde Grunsky hier die Vorteilsausgleichung mit Rücksicht auf Treu und Glauben versagen. Dies ändert aber nichts daran, daß - unterstellt man die Richtigkeit Grunsky's Ansicht - die Ärztin nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise als bereichert anzusehen sein müßte. Die Behauptung, daß die Verkehrsanschauung in der Kündigung der Ärztin einen Vermögenszuwachs für sie sieht, ist aber zumindest gewagt, wenn nicht absurd.

Ferner stellt für Grunsky auch nur die Freizeitsvergeudung, nicht aber die bloße Freizeitsbeeinträchtigung einen Vermögensschaden dar. Es entzieht sich aber einer objektiven Beurteilung, wann eine Freizeitsgestaltung nur als beeinträchtigt und wann die Zeitaufwendung als vergeudet anzusehen ist. [78] Fährt jemand zum Tennisturnier nach Baden-Baden und kann er dort das Spielgeschehen wegen seines schlechten Sitzplatzes kaum verfolgen, so ist zweifelhaft, ob die Anreisezeit als vergeudet anzusehen ist oder ob nur eine bloße Freizeitsbeeinträchtigung vorliegt. Sieht er von seinem Platz aus gar nichts mehr und kann er sich auch keinen anderen verschaffen, so ist eine Vergeudung sicherlich zu bejahen. Nur in diesem Fall soll nach Grunsky ein Vermögensschaden vorliegen. Daß sich die Zugehörigkeit eines Gutes zum Vermögen aber letztlich nach der Intensität seiner Beeinträchtigung richten soll, erscheint verwunderlich. Im übrigen widerspricht die Auffassung Grunsky's den sozialen Gegebenheiten. Wie unten [79] noch im einzelnen auszuführen sein wird, ist heute der Satz "Time is money" beim überwiegenden Teil der Bevölkerung heute nicht mehr aktuell. Heute wird die Zeit nicht mehr als "Chance, Geld zu verdienen" [80] angesehen, sondern vielmehr als "Möglichkeit zur Persönlichkeitsentfaltung". Mit dem Begriff Freizeit verbindet man den Anspruch auf "Glücklichsein", auf Vergnügen, auf Selbstbestimmung, auf ein vom Alltag abstechendes, positives Lebensgefühl, nicht aber sieht man in der Freizeit die Möglichkeit, seine Arbeitskraft in Geld umzusetzen.

Freizeit wird heute als eigenständige Größe und nicht als Vakuum zwischen zwei Arbeitsperioden erlebt. Sie ist zu einer ebensolchen Selbstverständlichkeit ge-

---

77) a. a. O. S. 83

78) Hierauf weist zu Recht Heldrich NJW 67, 1737 (1739) hin.

79) Vgl. unten S. 54 ff.

80) So aber Grunsky S. 77

worden wie die Arbeit. Als Vakuum könnte sie aber nur dann erlebt werden, wenn der Mensch die für ihn gültigen Daseinswerte einzig in der Arbeit sehen würde. [81] Eine Abhängigkeit der Freizeit von der Arbeit und damit die Anschauung, daß Freizeit nichts anderes sei als eine "Chance zum Geldverdienen", ließe sich daher allenfalls begründen, wenn die Masse der Bevölkerung heute "lebt, um zu arbeiten" und um Geld zu verdienen. Die Argumentation geht aber dann an den Gegebenheiten vorbei, wenn nur noch gearbeitet wird, um zu leben, wenn die Freizeitsgestaltung das primäre Lebensziel ist. Die Arbeit ist heute aber nicht Selbstzweck. Sie ist vielmehr nur das notwendige Mittel zur Erlangung der materiellen Voraussetzungen für eine angenehme Freizeitsgestaltung. [82] Die Definition der Freizeit als "Chance zum Geldverdienen ist daher wirklichkeitsfremd. Sie betrachtet die Freizeit nur als abhängige Größe der Arbeit bzw. des Geldverdienens und nicht - wie es erforderlich wäre - als selbständigen Lebensbereich. Grunsky's Argumentation kann daher weder in der Begründung noch im Ergebnis gefolgt werden.

C) Die Auffassung der Rechtsprechung

Das OLG Frankfurt sieht in seinem Urteil vom 17. 2. 67 [83] zwar nicht die Beeinträchtigung von "normaler Freizeit" (Feierabend, freies Wochenende etc.), wohl aber die Beeinträchtigung von Urlaubstagen als Vermögensschaden an. An den Seereisefall des BGH [84] und die höchstrichterliche Rechtsprechung zum vorübergehenden Verlust der Gebrauchsmöglichkeit eines unfallgeschädigten Kraftwagens [85] anknüpfend, kommt es zu dem Ergebnis, daß die ungestörte Ausnutzung von Urlaubstagen heute weitgehend kommerzialisiert sei. Diese Kommerzialisierung begründet es damit, daß nach § 11 BUrlG für die Bemessung des Urlaubsgeldes der durchschnittliche Arbeitsverdienst maßgeblich sei und dem Arbeitnehmer, der noch keinen Urlaubsanspruch erworben habe, ein Anspruch auf Teilurlaub in Höhe von 1/12 des vollen Jahresurlaubs für jeden im Betrieb verbrachten Monat zuerkannt werden müsse. [86] Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise werde damit der Urlaub zum Entgelt für die geleistete Arbeit, so daß

---

81) Hanhart, Arbeiter in der Freizeit S. 189

82) Vgl. im Einzelnen unten S. 63 f., a. M. aber anscheinend Larenz, Festschrift Oftinger S. 151 (159)

83) NJW 67, 1372

84) 7. 5. 56, NJW 56, 1234 f.

85) Vgl. BGH 30. 10. 63, BGHZ 40, 345; 15. 4. 66, BGHZ 45, 212; 3. 6. 69, NJW 69, 1477

86) Vgl. § 5 BUrlG

seine Beeinträchtigung einen Vermögensschaden darstelle. Hierfür spricht nach Meinung des OLG auch der Umstand, daß zur geldmäßigen Bemessung eines Urlaubstages anerkannte Maßstäbe zur Verfügung stehen.

Diesem Urteil hat sich das OLG Bremen in seiner Entscheidung vom 28. 1. 69 angeschlossen. [87] Es erweitert den Kommerzialisierungsgedanken dahin, daß jeder "durch wirtschaftliche Aufwendungen erkauften Urlaubszeit" ein selbständiger Vermögenswert beizumessen sei. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der klagende Friseurmeister für zwei Wochen seinen Salon geschlossen, um in dieser Zeit in Urlaub zu fahren. Da er jedoch bei einem vom Beklagten verursachten Verkehrsunfall verletzt wurde, konnte er den Urlaub nicht antreten. Genaue Angaben bezüglich seines durch die Schließung verursachten Verdienstausfalles machte der Kläger nicht, so daß sich das Gericht außerstande sah, den Schaden anhand dieses Verdienstausfalls nach §§ 252 BGB, 287 ZPO zu schätzen. Den Vermögensschaden sah es daraufhin in der "dem Kläger unfallbedingt entwundenen Möglichkeit, zwei Wochen Urlaub zu nehmen". [88] Als Bemessungsgrundlage für den Geldwert dieser Vermögenseinbuße bezeichnete das Gericht "bei einem freiberuflich oder gewerblich Tätigen die Kosten für einen sachkundigen, vertrauenswürdigen Vertreter für die entgangene Urlaubszeit". [89]

Beide Gerichte betonen aber, daß die Beeinträchtigung von "normaler Freizeit" keinen Vermögensschaden darstelle. [90] Damit nähert sich diese Rechtsprechung der bereits oben angegriffenen Meinung Grunsky's. Nach Grunsky ist ein Gut dann Vermögensgut, wenn es durch wirtschaftliche Aufwendungen erlangt werden kann. Nach Meinung der OLGe wird ein (immaterielles) Gut dann zum Vermögensgut, wenn es durch wirtschaftliche Aufwendungen erkauft worden ist. Wenngleich die OLGe insoweit strengere Anforderungen an die Vermögenszugehörigkeit eines Gutes stellen, als sie tatsächliche Vermögensaufwendungen voraussetzen, müssen doch auch sie die gegen Grunsky's Ansicht erhobenen Einwände gegen sich gelten lassen.

Auch hier gilt, daß ein bestimmter Genuß nicht dadurch zu einem Vermögensgut wird, daß man sich den Genuß durch Geld erkauft hat. Von einer höheren

---

87) VersR 69, 929 (Ls) (S. 22 f. des Urt.)

88) a. a. O. S. 23

89) a. a. O. S. 25

90) Gleicher Ansicht sind: KG 10. 10. 69, NJW 70, 474; LG Köln 11. 5. 66, MDR 66, 758; LG Göttingen 25. 11. 65, DAR 66, 297 f.; LG Hamburg 23. 2. 68, VersR 68, 1197; LG Kiel 27. 5. 70, MDR 70/924; LG München, 2. 7. 70, MDR 70/925; AG Ingolstadt 9. 7. 64, BB 64, 1062; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 253/3; Mammey NJW 69, 1150 ff.

Ebene aus ist das Vermögen nichts anderes als ein Mittel für die immaterielle Entfaltung.[91] Das Vermögen und die damit verbundene wirtschaftliche Macht gewähren normalerweise die Mittel dazu, um Lebensbedürfnisse aller Art zu befriedigen,[92] sich also vor allem Genußmöglichkeiten verschaffen zu können. Mit der von den Obergerichten vertretenen Begründung könnte man die Beeinträchtigung der meisten Lebensfreuden als Vermögensschäden bezeichnen, weil ihre Voraussetzungen überlicherweise durch geldwerte Leistungen geschaffen werden.[93]

So erlangte das durch eine kosmetische Operation erhaltene "klassisch-römische" Profil einer Hausfrau plötzlich Vermögenswert, weil die Operation viel Geld gekostet hatte. Der "Wert der Nase" richtete sich dabei nicht nach dem Schönheitserfolg, sondern allein nach der Liquidation des Chirurgen. Das immaterielle Gut der Ehre und des Ansehens wurde zum Vermögensgut, wenn eine PR-Firma das Ansehen des Betroffenen gesteigert hat. Selbst der Genuß eines hübschen Ausblicks auf einer Bergspitze erlangte "erhebliche wirtschaftliche" Bedeutung, weil man die Seilbahn benutzt hat. Die Skiabfahrt - eine rein sportliche Betätigung - würde zum Vermögenswert, sobald man den Lift benutzt. Bestiege man den Berg "im Schweiße seines Angesichts" mit Seehundfellen, bliebe das Vergnügen der Abfahrt ein immaterielles Gut. Würden beide Skifahrer während der Abfahrt angefahren und verletzt, so könnte nur der erste einen Vermögensschaden für diese Freizeitsbeeinträchtigung liquidieren.
Nach dieser Ansicht müßte auch die Gesundheit eines Herzkranken, dem in einer kostspieligen Operation ein neues Herz eingepflanzt wurde, zu seinem Vermögen gehören. Der Wert dürfte "etliche hunderttausend DM" ausmachen. Sollen die Erben diesen Betrag vom Schädiger verlangen können, der den Genesenden bei einem Autounfall getötet hat? Die Beispiele offenbaren die fehlerhafte Argumentationsweise der OLGe. Ein immaterielles Gut kann selbst bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise, die wie Heldrich[94] treffend bemerkt, "schon manches Wunder gewirkt hat" nicht allein deshalb zu einem Vermögensgut werden, weil es mit vermögenswerten Gütern erkauft wurde.[95]

---

91) Strasser a. a. O. S. 56; Grunsky S. 34

92) Larenz, Festschrift Nipperdey I S. 496

93) Heldrich a. a. O. S. 1739; Stoll JuS 68, 504 (506)

94) a. a. O. S. 1737

95) Askenasy, Gruchot Beitr. 70, 371 (378); Larenz a. a. O. S. 496; Esser § 42 IV 2; Werther RWP 2 (745) S. 25; vgl. auch Erman-Sirp § 249 Anm. 6 h, der offen bekennt, daß diese Kommerzialisierung von immateriellen Gütern zwar nicht dem Sinn des Gesetzgebers entspricht, jedoch diese Rspr. begrüßt, weil § 253 BGB einer gewandelten Rechtsauffassung nicht mehr entspreche.

Larenz [96] stellt fest, daß die Rechtsprechung damit "eine gefährlich abschüssige Bahn betreten hat". Dieser Äußerung ist voll beizupflichten, zumal die Rechtsprechung mit ihrer Begründung den Ersatz von Urlaubs- und Freizeitsbeeinträchtigungen keineswegs befriedigend löst. Die Argumentation des OLG Frankfurt und insbesondere des OLG Bremen läuft darauf hinaus, daß jede Störung eines mit wirtschaftlichen Aufwendungen ermöglichten Freizeitsgenusses einen in Geld auszugleichenden Vermögensschaden darstellt. [97] Aber ist nicht die Freizeit einer Hausfrau, die ein Kindermädchen, eine Putzfrau und Geschirrspülmaschine hat, ebenfalls mit wirtschaftlichen Vermögensaufwendungen erkauft worden? Der alternde Firmenchef, der einen hochdotierten Prokuristen einstellt, um mehr Zeit zum Reisen, Tennisspielen und Reiten zu haben, wendet hohe Summen für die Verlängerung seiner Freizeit auf. Eine unterschiedliche Beurteilung von Beeinträchtigungen seiner "normalen Freizeit" und seines Urlaubs läßt sich nicht begründen.

Verzichtet ein Notar darauf, am Abend noch einen Vertrag zu beurkunden, um eine Theatervorstellung zu besuchen, so müßten diese gewonnenen Stunden ebenfalls als "kommerzialisiert" angesehen werden. Ist dann aber nicht jede freie Stunde eines Selbständigen oder Gewerbetreibenden insoweit durch Vermögensaufwendungen erkauft, als er es unterläßt, in dieser Zeit zu arbeiten? [98] Wieso soll die Urlaubszeit eines Handwerkers, der in dieser Zeit seinen Betrieb schließt, als Vermögensgut angesehen werden, hingegen der ebenfalls durch Schließung der Werkstatt erlangte freie Mittwochnachmittag nicht? Letztlich führt diese Rechtsprechung dazu, daß auch diese kurze Freizeitsvergeudung als ersatzfähiger Vermögensschaden angesehen werden müßte. Bei konsequenter Durchführung des Kommerzialisierungsgedankens ist eine Begrenzung des Schadensersatzes auf Urlaubsvergeudungen nicht zu begründen.

Die Auffassung der OLGe führt auch bei der Frage des Schadensersatzes für bloße Freizeits- bzw. Urlaubsbeeinträchtigungen zu erheblichen Schwierigkeiten. Entweder man schützt die "kommerzialisierte" Freizeit auch vor bloßen Beeinträchtigungen, dann ergeben sich Schwierigkeiten bei der Berechnung der Höhe des Vermögensschadens; denn die Schwere der Beeinträchtigung hängt maßgebend vom subjektiven Empfinden des Geschädigten ab, und man würde damit also letztlich ein Schmerzensgeld zuerkennen. Oder man schützt das "Vermögensgut Urlaub" nur vor solch schweren Beeinträchtigungen, die die Urlaubsaufwendung gleichsam als vergeudet erscheinen lassen. Aber auch hier

96) Festschrift Oftinger S. 159

97) Heldrich a. a. O. S. 1739

98) Beim Arbeitnehmer verbietet sich diese Argumentation wegen des Verbotes der Schwarzarbeit.

treten Abgrenzungsschwierigkeiten auf, denn ob eine Urlaubsgestaltung nur als beeinträchtigt oder bereits als vergeudet angesehen werden kann, ist unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Geschädigten und seiner rein "psychischen Reaktion" zu entscheiden. Damit entzieht sich jedoch die Feststellung, ob ein Vermögensschaden ersetzt wird oder nicht, ebenfalls weitgehend einer objektiven Beurteilung. Man gelangt zu einem rein subjektiven Schadensbegriff, der die Schadensfeststellung mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren belastet. [99]

Im übrigen führt auch die unterschiedliche Sanktion von Beeinträchtigungen "normaler Freizeit" und der Urlaubszeit zu absonderlichen Ergebnissen. Der verhinderte Theaterbesuch führt zu einem Schadensersatzanspruch, wenn der Betroffene gerade Urlaub hatte, andernfalls nicht. Jede kleine Urlaubsbeeinträchtigung müßte ersetzt werden, da eine Beschränkung des Ersatzes von Vermögensschäden auf erhebliche Beeinträchtigungen nicht zulässig wäre. Man stelle sich vor, der Kläger hätte im Spanienreisefall des OLG Frankfurt erst ab Montag Urlaub genommen, wäre jedoch - wie es häufig geschieht - bereits am Freitagabend losgefahren. Das OLG Frankfurt kann ihm nur die Strapazen des Montag bis Mittwoch ersetzen, nicht aber die Vergeudung des Wochenendes. Diese unterschiedliche Beurteilung dürfte einem Laien kaum verständlich sein.

Unverständlich bleibt auch, weshalb der Urlaub eines Gehaltsempfängers anders beurteilt werden soll, als der eines Schülers, [100] Studenten oder Doktoranden. Nach welchem Maßstab will das Gericht die Urlaubsbeeinträchtigung der Ehefrau bemessen oder soll auch deren Urlaub nicht geschützt werden? Muß das OLG nicht auch dem Rentner, der bis zum 65. Lebensjahr arbeitete, um dann "ewig Urlaub zu haben", jede Freizeitsbeeinträchtigung ersetzen? Oder ersetzt das Gericht auch bei ihm nur die Ferienreise oder läßt es diese gar schutzlos? Die Rechtsprechung der OLGe führt daher - abgesehen von ihrer dogmatisch unhaltbaren Begründung - zu Rechtsunsicherheiten und völlig ungerechten Ergebnissen.
Wenn das OLG Bremen [101] darüberhinaus ausführt, daß "die durch wirtschaftliche Aufwendungen erkaufte Möglichkeit, Urlaub machen zu können", von der heutigen Verkehrsauffassung ebenso als Vermögenswert angesehen wird wie die

---

99) Heldrich a. a. O. S. 1739; Werther a. a. O. S. 32; ungeachtet dieser Bedenken hat das LG München 2. 7. 70, MDR 70/925 dem Geschädigten sogar nur eine Quote von 60 % seines durchschnittlichen Arbeitsverdienstes zugesprochen, da der Urlaub für den Geschädigten nicht völlig nutzlos gewesen sei. Das Urteil zeigt deutlich, daß es sich hier in Wirklichkeit gar nicht um einen Schadensersatzanspruch für einen -errechenbaren - Vermögensschaden, sondern um die Zubilligung eines Schmerzensgeldes handelt.

100) So in der Tat LG Köln 11. 5. 66, MDR 66, 758

101) a. a. O. S. 23

Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit eines Kraftwagens, so muß dem energisch entgegengetreten werden. Nach der Verkehrsanschauung werden allenfalls die nutzlos gewordenen Aufwendungen als Vermögensgut und damit als materieller Schaden [102] angesehen, nicht aber der Urlaub bzw. die Urlaubsmöglichkeit an sich. Wie unten im einzelnen auszuführen sein wird, [103] wird die Freizeit heute vom größten Teil der Bevölkerung als "Potential zur Selbstentfaltung" aufgefaßt. Urlaub ist aber nichts anderes als eine längere Freizeitsperiode. Er hat die gleichen Funktionen wie die kürzeren Freizeitsperioden von Feierabend, Wochenenden und Feiertagen. Auch er dient der Rekreation, ermöglicht die Befriedigung der Bedürfnisse nach Zerstreuung und Unterhaltung wie auch nach Selbstentfaltung.

Der durch wirtschaftliche Aufwendungen erkauften Urlaubsmöglichkeit kann überhaupt nur dann ein nach objektiven Maßstäben feststellbarer Vermögenswert beigelegt werden, wenn die Verkehrsanschauung dieser Möglichkeit - bzw. dem Urlaub selbst - einen eigenen Vermögenswert beilegt; denn der Begriff des Vermögens iSd § 253 BGB richtet sich nach der Verkehrsanschauung. Eine solche Verkehrsanschauung ist aber zu verneinen.

Urlaub und Freizeit werden gerade nicht mehr mit Arbeit, Geldverdienen und Vermögen in Zusammenhang gebracht. Sie werden nicht in die Vermögensbilanz aufgenommen, [104] nicht mit materiellen Maßstäben gemessen, sondern gerade als Gegensatz zur materiell ausgerichteten Arbeitswelt aufgefaßt. Freizeit und Urlaub stellen den Schwerpunkt des Lebens dar, in ihnen kann der Mensch unbeschwert leben, sein Dasein erfüllen und ausfüllen. In ihnen gelten gerade nicht die Gesetze des geschäftlichen, auf materiellen Erfolg ausgerichteten, Lebens. Freizeit ist vielmehr ein "immaterielles Potential". Wenn aber Freizeit und Urlaub geradezu als "Flucht vor der Arbeit, von der Geschäftigkeit des Geldverdienens und materiellen Denkens" von dem überwiegenden Teil der Bevölkerung aufgefaßt wird, [105] und die Freizeit und der Urlaub tatsächlich nur von einer verschwindend geringen Zahl, und von dieser darüberhinaus nur in geringem Umfang zum Geldverdienen genutzt wird, so kann man diesen Freizeitsspannen nicht einen selbständigen Vermögenswert zusprechen.

Nach der Verkehrsanschauung fehlen Freizeit und Urlaub also jede Beziehung zum Materiellen. [106] In ihnen gilt es, die Genüsse des Lebens auszukosten,

---

102) Über den Ersatz diesen Schadens vgl. unten S. 40 ff.

103) S. 54 ff.

104) Larenz, Festschrift Nipperdey S. 489 (491, 498); Mertens FamRZ 69, 251 (254); Heldrich JuS 69, 455 (459)

105) vgl. Weber, Freizeitsproblem S. 28; Habermas, Festschrift Rothacker S. 228

106) Hanhart a. a. O. S. 189

die immateriellen Güter der Kultur, Bildung, Sport, zwischenmenschliche Beziehungen etc. zu erfassen und sich mit ihnen zu beschäftigen und nicht zuletzt, "nach seiner Facon selig zu werden" und seine Persönlichkeit zu entwickeln. [107]

Sowohl die Freizeit wie auch dem Urlaub kann daher selbst dann nicht ein selbständiger Vermögenswert beigelegt werden, wenn sie durch Vermögensaufwendungen erkauft worden sind.
Als letztes ist zu untersuchen, ob in der Beeinträchtigung von Freizeit, die durch Vermögensaufwendungen erkauft wurde, nicht insoweit ein Vermögensschaden gesehen werden kann, als sich die Vermögensaufwendungen nachträglich durch die Beeinträchtigung als vergeblich herausstellen. Bei dieser Lösung wird also nicht - wie beim soeben abgelehnten Kommerzialisierungsgedanken - dem Urlaub selbst ein Vermögenswert beigelegt; dieser ist vielmehr in den zur Erlangung der Freizeit gemachten wirtschaftlichen Aufwendungen zu sehen.

Die Anerkennung fehlgeschlagener Vermögensaufwendungen als Vermögensschäden wurde zuerst von v. Tuhr [108] gefordert. Eine Reihe von Autoren haben sich diesem "Frustrierungsgedanken" angeschlossen. [109] Dabei besteht aber darüber Einigkeit, daß von einer vergeblichen Aufwendung nur dann die Rede sein kann, wenn "ein Subjekt ein Lebensziel konkret ergriffen und zu seiner Erreichung Mittel in einer Weise eingesetzt hat, daß diese ausschließlich an dieses Ziel gebunden und nicht mehr für andere Zwecke verfügbar sind". [110]

Mit dieser Einschränkung will man den Bedenken Zeuners [111] entgegentreten, daß eine solch weite Fassung des Vermögensbegriffs vor allem dann zu erdrückenden und völlig unvorhergesehenen Schadenslasten führe, wenn jemand verletzt

---

107) Vgl. im Einzelnen unten S. 54 ff.

108) Allg. T. I S. 320 Fn. 33a; KritVJ 47, 63 (65); Schw. Obl. R. I S. 66 (99)

109) Larenz VersR 63, 312; ders., Festschrift Oftinger S. 151 ff.; Löwe VersR 63, 307 (310); ders. NJW 64, 701 (704); F. Böhmer MDR 64, 453; Esser I § 41 VIa; Mertens, Vermögensschaden S. 158 ff.; Grunsky S. 83 ff.; Beck-Mannagetta ZVerkR 69, 281 ff.

110) Mertens a. a. O. S. 160; Larenz, Festschrift Oftinger S. 163, will nutzlos gewordene Aufwendungen dann als erstattungsfähige Vermögensschäden ansehen, wenn ihr Nutzloswerden die adäquate Folge des die Ersatzpflicht begründenden Vorganges ist; im Falle einer Verletzung der Persönlichkeitssphäre jedoch nur, soweit es sich nicht um laufende Aufwendungen handelt, sondern um besondere Aufwendungen für einen bestimmten einmaligen Zweck.

111) AcP 163 (1964) 380 (392 f.)

im Krankenhaus liege, der Mittel für ein Wochenendhaus, ein Auto, eine Jagd etc. eingesetzt habe.

Die Notwendigkeit dieser Einschränkung ist unbestreitbar. Es ist jedoch überaus fraglich, ob diese Einschränkung tatsächlich eine Ausuferung der Schadensersatzverpflichtungen verhindert und ob diese Ansicht zu gerechten Ergebnissen kommt.

So kann man dem Arbeitnehmer für seinen vergeudeten Urlaub selbst dann keinen (Vermögens-) Schadensersatzanspruch zubilligen, wenn man den Urlaub als Teil des Arbeitsentgeltes ansieht. [112] Seine Arbeitsleistung erbringt der Arbeitnehmer primär zum Verdienen seines Lohnes, also zum Bestreiten seines Lebensunterhaltes. Nicht aber richtet sich die Finalität seiner Arbeitsleistung ausschließlich auf die Erlangung von Urlaub. Da die geleistete Arbeit nicht speziell für den beeinträchtigten Urlaub aufgewandt wurde, entfällt ein Schadensersatzanspruch wegen Vergeblichkeit der Arbeitsleistung.
Bei einem selbständigen Gewerbetreibenden hingegen, der seinen Betrieb während der Urlaubszeit schließt oder bei dem Rechtsanwalt, der während dieser Zeit einen Assessor gegen Entgelt als amtlich bestellten Vertreter einsetzt, würde die Urlaubsvergeudung zu einer "fehlgeschlagenen Vermögensaufwendung" führen. Im ersten Beispiel lägen sie im Verzicht auf den während dieser Zeit zu erwartenden Unternehmergewinn, [113] im zweiten in dem gezahlten Entgelt bzw. in der eingegangenen Zahlungsverbindlichkeit. Soll aber der Urlaub eines Arbeitsgebers besser vor Beeinträchtigungen geschützt werden als der eines Arbeitnehmers? Ein unhaltbares, weil ungerechtes Ergebnis!

Diese Ansicht verhindert ferner nicht eine Ausuferung der Schadensersatzansprüche, wie sich an dem bereits erwähnten Beispiel zeigt, in dem ein Notar abends ein Theater besuchen will und es daher ablehnt, noch einen Vertrag zu beurkunden, obgleich ihm der Mandant mitteilt, daß er dann einen anderen Notar aufsuchen müsse. Wird nun der Notar auf dem Wege zum Theater in einen Unfall verwickelt und versäumte er deshalb die Aufführung, so müßte der Schädiger nach der Ansicht v. Tuhr's nicht nur die Kosten für die Theaterkarten, sondern auch die entgangenen Notariatsgebühren zahlen. Stellte sich hinterher heraus, daß es sich um die Beurkundung eines größeren Projekts handelte, so können diese einige hundert DM ausmachen. Soll der Notar seine geschäftliche Fehldisposition auf den Schädiger abwälzen dürfen? Eine adäquate Verursachung kann hier nicht verneint werden. [114] Wäre der Notar auf dem Wege zur Beurkundung ge-

112) So OLG Frankfurt a. a. O. S. 1372, Mammey a. a. O. S. 1150

113) So das OLG Bremen a. a. O.

114) Insoweit ist die Adäquanz also kein taugliches Mittel zur Verhinderung der Ausuferung.

wesen, ohne die Größe des Projekts zu kennen und ginge ihm die Beurkundungsgebühr infolge des Verkehrsunfalls verloren, so könnte er diesen Schaden sicherlich liquidieren.
Zu Recht fragt Stoll, [115] wieso der Dieb eines Bildes, das der Eigentümer zu einem überhöhten Preis gekauft hat, diesen Kaufpreis inclusive der Kosten einer eventuellen Expertise als Schadensersatz zahlen soll und nicht den tatsächlichen Wert. Auch hier ist das Erfordernis der Adäquanz keine wirksame Schranke; denn es liegt keineswegs außerhalb jeglicher Lebenserfahrung - sondern ereignet sich tagtäglich - daß ein Sammler für ein Bild einen "Liebhaberpreis" zahlt. Verpflichtete man den Dieb jedoch zum Ersatz der Aufwendungen, so müßte er damit auch für das besondere Affektionsinteresse des Eigentümers, auf das letztlich der überhöhte Kaufpreis zurückzuführen sein wird, Entschädigung in Geld leisten. Man wende nicht ein, daß der Dieb die überhöhte Summe auch hätte zahlen müssen, wenn er das Bild vor der Übereignung an den Liebhaber beim Kunsthändler gestohlen hätte. Dann hätte der Händler diesen Betrag allerdings nach § 252 BGB verlangen können. Hier hatte der Händler jedoch - grob gesagt - einen "Dummen" gefunden, und durch den Diebstahl wurde das Geschäft und der damit verbundene materielle Gewinn verhindert. Der Kunstliebhaber jedoch, der - wirtschaftlich gesehen - "Dumme", kann seine Fehldisposition nicht auf einen Dritten abwälzen.

Genauso wenig, wie sich der Dieb nicht darauf berufen kann, daß der Eigentümer das sehr kostbare Bild zu einem Spottpreis erhalten hat, ebenso wenig kann der Eigentümer also dem Dieb einen Überpreis abverlangen. Unser Schadensrecht berücksichtigt grundsätzlich nur den tatsächlichen Wert einer Sache, nicht aber beachtet es, ob und wieviel Aufwendungen dafür getätigt worden sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das dem Täter zur Last gelegte Schadensereignis gerade darin besteht, daß er einen Vertrauensbestand geschaffen hat, der den Betroffenen zu den Aufwendungen veranlaßte. [116] Hier handelt es sich aber nicht um Aufwendungen, die vor dem schädigenden Ereignis liegen; denn die schädigende - haftungsbegründende - Handlung liegt bereits in dem Setzen des Vertrauenstatbestandes.

Die Meinung, daß vergeblich gewordene Aufwendungen einen erstattungsfähigen Vermögensschaden darstellen, führt also trotz ihrer Einschränkungen zu einer - auch für deren Vertreter unerwünschten - Ausuferung des Schadens-

115) JuS 68, 504 (507)

116) Ebenso Wiese S. 28; Venzmer VersR 63, 797; Zeuner AcP 163 (1964) 394; Stoll JuS 68, 404 (407); Bötticher VersR 66, 309 f.

rechts.[117] Sie behandelt außerdem gleichartige Sachverhalte unterschiedlich, wie sich an der unterschiedlichen Behandlung des Urlaubs von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zeigte.

Darüber hinaus verstößt diese Ansicht gegen den Grundsatz der "qualitativen Inkommensurabilität" immaterieller Schäden, d. h. der bei wertender Betrachtung offenbaren Unmöglichkeit, den Schaden in Geld aufzuwiegen.[118] Indem der spätere Geschädigte zur Erlangung eines immateriellen Gutes bzw. Genusses Geld aufwendet, verringert er sein Vermögenspotential und vergrößert auf der anderen Seite sein "immaterielles Potential". Wird nun in dieses immaterielle Potential eingegriffen, so kann diese Schädigung nicht in Geld aufgewogen werden, zumal bei der Frage der Beeinträchtigung allein auf die subjektiven Interessen und Ansichten des Geschädigten abzustellen wäre. Der Grundsatz der Inkommensurabilität verbietet daher die Argumentation, daß der Geschädigte durch seine Aufwendungen gezeigt habe, wieviel ihm dieses immaterielle Gut wert war und daher bei einer totalen Beeinträchtigung dieses Genusses die Höhe des immateriellen Schadens sich nach der Höhe der Aufwendungen berechnen lasse. Auf diese Argumentation läuft es aber letztlich hinaus, wenn man durch Zurückgreifen auf einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang (den Aufwendungen) den immateriellen Schaden f a k t i s c h in Geld ersetzt.

Larenz[119] will daher den Ersatzanspruch wegen Vergeblichkeit von Aufwendungen auf die Fälle beschränken, in denen sich die Aufwendungen als völlig vergeblich erweisen, in denen also eine besonders schwere Beeinträchtigung des immateriellen Gutes vorliegt. Diese Einschränkung ist aber willkürlich. So zahlt man für einen Theaterplatz, von dem aus man nur mit Schwierigkeiten die Bühne sehen kann weniger, als für einen guten Platz. Wende ich daher für einen guten Platz 20, -- DM auf und setzt eine vor mir sitzende Besucherin

---

117) Mertens würde allerdings die gröbsten Unbilligkeiten mittels seiner Sozialbilitätsschranke ausräumen können. Dies kann die Einwände gegen diese Art der Schadensberechnung aber nicht entkräften. Die Sozialbilitätsschranke leitet Mertens vorwiegend aus § 242 BGB her, wobei er § 254 BGB ausdrücklich als Ausfluß dieses Rechtsinstituts bezeichnet (S. 173). Kann eine Ausuferung des Schadensersatzes aber nur über § 242 BGB verhindert werden, so spricht dies gegen die Art der Schadensberechnung.

118) Stoll JuS 68, 404 (406)

119) Festschrift Oftinger S. 164, anders aber in VersR 63, 312, wo er im Seereisefall das vom BGH gefundene Ergebnis ebenfalls über den Frustierungsgedanken rechtfertigen will. Hier läge aber nur eine "Teil-Vergeblichkeit" der Aufwendungen (Schiffspassage) vor.

mehrmaligen Bittens ihren Hut nicht ab, so könnte man sagen, daß ich 12, -- DM vergeblich aufgewandt habe, weil ein Platz mit der mir verbleibenden Sicht nur 8, -- DM kostet.

Geht man aber soweit - und nur dies wäre konsequent - so steckt in jeder bloßen Beeinträchtigung eines durch Vermögensaufwendungen erkauften Genusses zugleich eine teilweise Nutzlosigkeit der Aufwendungen. Wie aber soll beurteilt werden, wieviel Prozent der Aufwendungen nutzlos geworden sind? Die Berechnung wäre eine reine Schmerzensgeldbemessung, die allerdings in ihrem Umfang auf die Höhe der Aufwendungen begrenzt wäre. Die Ansicht, daß Aufwendungen, die zur Erlangung eines immateriellen Gutes getätigt wurden und sich nachträglich wegen Beeinträchtigung des immateriellen Gutes als nutzlos erweisen, einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen, ist daher abzulehnen.

Damit steht zugleich fest, daß die von der h. M. abweichenden Ansichten weder in ihren Ergebnissen noch in ihrer Begründung überzeugen können. Freizeitsbeeinträchtigungen betreffen nicht die Gegenstandssphäre, sondern allein den personalen Bereich. [120] Es sind typische immaterielle Schäden, so daß ein Anspruch auf Entschädigung nach § 251 BGB wegen der Schranke des § 253 BGB ausscheidet. Dies gilt auch dann, wenn die Freizeit durch Vermögensaufwendungen erkauft wurde.

120) Vgl. dazu oben Fn. 25

3. KAPITEL
Ersatz von Freizeitsbeeinträchtigungen als immaterielle Schäden

Das bisher gefundene Ergebnis ist offenbar unbillig. Eine Freizeitsbeeinträchtigung würde nur dann zu Schadensersatz verpflichten, wenn eine Naturalrestitution denkbar ist. In diesen Fällen könnte der Geschädigte auch den zur Beschaffung von Sonderurlaub erforderlichen Geldbetrag verlangen, ohne diese Summe tatsächlich zur Restitution verwenden zu müssen. Wenn eine Naturalrestitution nicht denkbar ist, weil der Geschädigte beispielsweise wegen seiner verantwortungsvollen Tätigkeit oder fester Betriebsferien keinen unbezahlten Urlaub nehmen kann, so entfiele jede Schadensersatzverpflichtung.

Das Ergebnis läßt sich nicht mit der formalen Begründung rechtfertigen, daß die Regelung des § 249 BGB einem Schadensbegriff entspricht, der allein auf die Beeinträchtigung der Rechtsgüter abstellt, also auf das sogenannte Integritätsinteresse. [1] Das Interesse an der ungestörten Gestaltung seiner Freizeit ist in beiden Fällen verletzt. Nur kann der eine mittels der "Herstellungssumme iSd § 249 Satz 2 BGB" seine Freizeitsbeeinträchtigung in gewisser Weise kompensieren, indem er sich mit diesen Geldmitteln andere Annehmlichkeiten leistet. Der Geldbetrag gewährt ihm andere Lustgefühle für den erlittenen immateriellen Schaden. [2] Dem anderen hingegen wird jeglicher Ausgleich verwehrt.

Das bisherige Ergebnis kann daher nur Bestand haben, wenn auch die Geschädigten, bei denen eine Restitution der Freizeitsbeeinträchtigung nicht möglich ist, für den in der Beeinträchtigung liegenden immateriellen Schaden eine Entschädigung erhalten.

A) Nach § 847 BGB

Als Anspruchsgrundlage für den Ersatz dieses immateriellen Schadens kommt zunächst § 847 BGB in Betracht. [3] § 847 BGB setzt die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit oder eine Freiheitsentziehung voraus. Nur in wenigen Fällen wird eine Freizeitsbeeinträchtigung jedoch zu einer Gesundheitsstörung führen. Auf der anderen Seite werden zwar jede Gesundheits- oder Körperverletzung wie auch

---

1) So Frotz JZ 63, 391; Esser § 41 II 3b

2) Vgl. BGH (GSZ) 6. 7. 55, BGHZ 18, 149 (152)

3) Zur Selbständigkeit des Anspruchs aus § 847 BGB vgl. RG 6. 4. 32, RGZ 140, 392(394); 29. 4. 42, RGZ 170, 37(39); BGH 18. 3. 59, BGHZ 30, 7 (18); (Valente) Erman-Drees § 847 Anm. 1; Soergel-Zeuner § 847, 13

die meisten Freiheitsentziehungen zugleich eine Beeinträchtigung der Freizeit verursachen, so daß diese Beeinträchtigungen bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen wären,[4] jedoch wird dadurch die Unbilligkeit des bisherigen Ergebnisses nicht beseitigt. Es entfiele dann immer noch ein Schadensersatzanspruch in den überwiegenden Fällen, in denen die Freizeitsbeeinträchtigung auf andere Art und Weise verursacht wurde.
Auch die Möglichkeit, einen Teil der Freizeitsbeeinträchtigungen mit einem Ersatzanspruch zu versehen, indem man als Freizeitsentziehung iSd § 847 BGB auch Beeinträchtigungen der Entschlußfreiheit ansieht, bleibt verschlossen, weil die h. M. zu Recht darunter nur die Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit versteht.[5]

---

4) Vgl. Mammey NJW 69, 1150 m. w. N., der jedoch auf S. 1150 darauf hinweist, daß im Falle eines Personenschadens die Urlaubsvergeudung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes mit zu berücksichtigen sei, später aber die Vergeudung als Vermögensschaden auffaßt. Die Berücksichtigung der Urlaubsvergeudung im Rahmen des § 847 BGB folgt aber aus der Einheit des immateriellen Schadens, so daß ein dort zu berücksichtigender (Freizeits-) Genuß nicht zugleich als Vermögensschaden angesehen werden kann

5) Völlig h. M., vgl. RG 15. 11. 20, RGZ 110, 213 (214); BGH 17. 12. 63, NJW 64, 650 f.; Erman-Drees § 847 Anm. 1; Soergel-Zeuner § 847 Rdn. 13; anderer Ansicht BGH 14. 2. 58, BGHZ 26, 349 ff. (Herrenreiter) und neuerdings Leinemann, "Begriff der Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB S. 1 (98), die den Begriff Freiheit in § 823 BGB als Entschließungsfreiheit auffassen ("Freiheitsberaubung im Geistigen"). Diese Auslegung widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers. Vergeblich versucht Leinemann nachzuweisen (S. 55 ff.), daß der Begriff Freiheit auch bei den Gesetzesberatungen nicht geklärt worden sei.
Wie Leinemann richtig bemerkt (S. 56), meinte die Bestimmung des § 727 Abs. 1 des 1. Entw.: "Wer ... einem Anderen ... die persönliche Freiheit entzieht" unter Entziehung der Freiheit nur das Einsperren eines Menschen. Er ist jedoch der Ansicht, daß diese Auslegung durch die jetzige Neufassung die von Freiheitsverletzung spricht, überholt sei. Diese Ansicht ist aber unzutreffend. Daß es bei der Freiheitsentziehung sein Bewenden haben sollte, zeigt klar der Wortlaut des § 847 BGB, der von Freiheitsentziehung spricht und von den Tatbestandsmerkmalen des § 823 Abs. 1 BGB ausgeht. Zum zweiten ist Leinemanns Auseinandersetzung mit der treffenden Argumentation Maschkes (in: Boykott, Sperre u. Aussperrung S. 54) nicht schlüssig. Leinemann meint, daß sich aus der Vorschrift des § 747 des 2. Entw., in dem auch für fahrlässige Freiheitsentziehungen eine Schadensersatzpflicht postuliert wurde, nichts herleiten lasse, da diese Regelung über die fahr-

Über § 847 BGB läßt sich daher der Schadensersatz bei Freizeitsbeeinträchtigungen nicht begründen.

B) Freizeitsbeeinträchtigungen als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes

Über den Wortlaut des § 847 BGB hinaus werden heute immaterielle Schäden, die auf der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beruhen, ersetzt. Aufgrund der durch das Grundgesetz geschaffenen, neuen verfassungsrechtlichen Lage hat die Rechtsprechung das allgemeine Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. [6] Aus Artt. 1 und 2 GG folgerte sie weiter, daß § 253 BGB insoweit keine Geltung mehr habe, als er einen Entschädigungsanspruch für die aus der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entstandenen immateriellen Schaden ausschließe. [7]

Fortsetzung Fn. 5)

lässige Freiheitsentziehung wieder gestrichen sei und die jetzige Fassung erhalten habe. Es dürfte der Aufmerksamkeit Leinemanns entgangen sein, daß auch nach geltendem Recht eine fahrlässige Freiheitsentziehung zum Schadensersatz verpflichtet und insoweit von einer Aufhebung der Regelung des § 747 2. Entw. keine Rede sein kann.

6) BGH 25. 5. 54, BGHZ 13, 334 (338) (Schachtbrief); 26. 11. 54, BGHZ 15, 249 (257 f.) (Cosima-Wagner); 8. 5. 56, BGHZ 20, 345 (351) (Dahlke); 10. 5. 57, BGHZ 24, 200 (208 ff.) (Spätheimkehrer); 15. 11. 57, BGHZ 26, 52 (67 ff.) (Sherlock-Holmes); 14. 2. 58, BGHZ 26, 349 (354) (Herrenreiter); 20. 5. 58, BGHZ 27, 284 (heimliche Tonbandaufnahme); 18. 3. 59, BGHZ 30, 7 (Catharina Valente); 22. 12. 59, BGHZ 31, 308 (Altherren). Weitere Rspr. Nachweise vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht S. 5 Fn. 10. Wegbereiter für diese Rspr. waren vor allem Nipperdey, Grundrechte II S. 37 (40 ff.) und IV 2 S. 830 ff.; ders. in Verhandlungen des 42. DJT Bd. II/D 1. Abt. S. 1 (8 ff.) und Coing JZ 54, 700 ff. und JZ 58, 558 ff.; ders., Ehrenschutz und Presserecht S. 13 ff. Weitere Literaturhinweise vgl. Hubmann a. a. O. S. 5 Fn. 11, mit Aufzählung der Gegenmeinung in Fn. 12.

7) BGH 19. 9. 61, BGHZ 35, 363 (Ginseng); 24. 10. 61, BGHZ 36, 77 (84) Waffenhandel); 21. 11. 61, NJW 62, 152 (aE) (Heimatvertriebene); 5. 1. 62, NJW 62, 1004 (Doppelmörder); 5. 3. 63, BGHZ 39, 124 (Fernsehansagerin); 5. 3. 63, NJW 63, 904 (Drahtzieher). Weitere Nachweise Hubmann S. 353 Fn. 20, 21

Neben überwiegender Zustimmung [8] ist die Herleitung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus dem Grundgesetz teilweise auch auf Kritik gestoßen. [9] Die Gegenstimmen wenden sich vor allem gegen die Einordnung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in die Reihe der absoluten Rechte, da die Individualsphäre der Bürger zueinander nicht mit der Eindeutigkeit und Erkennbarkeit abgegrenzt werden könne, wie es für die "Warnwirkung des absoluten Rechtsgutes erforderlich" [10] sei.

Auf die Frage, ob die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als absolutes Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB methodisch richtig war, braucht heute aber nicht mehr eingegangen zu werden. Die völlig gefestigte Rechtsprechung des BGH und der Untergerichte, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht anerkennt, ist inzwischen als eine richterliche Rechtsfortbildung anzusehen, durch die das geltende Recht unmittelbar geändert worden ist. [11] Diese richterliche Rechtsfortbildung war legitim, [12] so daß die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes und seine Einordnung unter die sonstigen Rechte iSd § 823 Abs. 1 BGB im heutigen Zivilrecht nicht mehr ernsthaft bestritten werden kann. [13]

Auch die Einschränkung des § 253 BGB in den Fällen einer Persönlichkeitsverletzung ist sachlich gerechtfertigt und methodisch vertretbar. Das GG stellt in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 die Würde und freie Entfaltung des Menschen in den Mittelpunkt der grundrechtlichen und damit unserer gesamten für das Recht verbind-

---

8) Vgl. die Nachweise bei Erdsiek NJW 62, 622 (625); H. Kaufmann JuS 63, 373 (379 ff.); Wiese S. 37 Fn. 125

9) Nachweise vgl. Hubmann a. a. O. S. 7 Fn. 12 u. Wiese S. 38 Fn. 127

10) Westermann, Person u. Persönlichkeit S. 17 Fn. 29; Larenz NJW 55, 521; Müller, Persönlichkeitsschutz S. 37, 41, 50, 65

11) v. Caemmerer, Wandlungen S. 106; Larenz SchR II § 66 I c; ders., Methodenlehre S. 398 f., 401 f., 411; ders., Schw. JZ 62 S. 105 ff.; vgl. auch Esser SchR II § 107 II 1d S. 401 zu Fn. 31; Nipperdey NJW 67, 1985 ff.

12) Müller S. 87; Larenz, Methodenlehre S. 398 f., der zwar die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Artt. 1 u. 2 GG als nicht notwendig bezeichnet, aber zubilligt, daß die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als absolutes Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB legitim war, nicht aber die Zubilligung eines Schmerzensgeldes.

13) OLG Karlsruhe 5. 7. 62, BB 62, 1392 f.; A. Maier Diss. S. 106 Fn. 393; Müller a. a. O. S. 49; Schüle, Gutachten S. 9; Hartmann NJW 64, 793(797). Dies gilt allerdings nicht für die Anerkennung eines Schmerzensgeldes bei Persönlichkeitsverletzungen (vgl. Wiese a. a. O. S. 43)

lichen Wertordnung. [14] Dies führte zunächst zur Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsreichs als absolutes Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB.
Dies allein gewährleistet aber keinen umfassenden Schutz der Person. Bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes sind gerade die ideellen Schäden typisch, die nicht durch Naturalrestitution beseitigt werden können. [15] Bei Bestehenbleiben des § 253 BGB könnte der Geschädigte also keinen Schadensersatz verlangen; sein Persönlichkeitsrecht könnte sanktionslos verletzt werden.
Aus der Wertung des Grundgesetzes - und dieses Wertsystem gilt auch für das bürgerliche Recht -[16] folgt jedoch, daß es sich bei der Würde und Entfaltungsfreiheit des Menschen um primäre Rechtsgüter handelt, die von aller staatlichen Gewalt zu schützen sind. § 253 BGB verhindert jedoch die Möglichkeit, Verletzungen der Würde oder Entfaltungsfreiheit des Menschen mit der Sanktion eines Schmerzensgeldes zu belegen. Da ohne diese Sanktion aber ein umfassender Schutz der Persönlichkeitsgüter nicht gewährleistet wird, liegt zwischen Artt. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG und § 253 BGB ein inhaltlicher Widerspruch vor. Die eine Norm fordert den uneingeschränkten Schutz der Menschenwürde, während die andere im Fall ihrer Verletzung jede wirksame Sanktion und damit jeden Schutz verweigert. [17] Da somit ein sachlich unerklärlicher Wertungswiderspruch zwischen den Privatrechtsnormen und den Zentralnormen der Rechtsordnung besteht, sind nach einer objektiv-teleologischen Auslegung die betreffenden Grundgesetznormen trotz ihres generellen Charakters gegenüber § 253 BGB als derogatorisch zu verstehen, zumal dabei ein gewiß nicht erhaltungswürdiges Rechtsgut des bürgerlichen Rechts geopfert wird. [18]
"Auf das Privileg, die Beeinträchtigung der zentralsten Persönlichkeitsgüter sanktionslos zu belassen, wird das Privatrecht ohne Schaden verzichten können." [19]

---

14) Wiese S. 39

15) BGH 19. 9. 61, BGHZ 35, 363 (367); Wiese S. 40 m. w. N.

16) Vgl. BVerfG 15. 1. 58, BVerfGE 7, 198 (205)

17) Bydlinski Jur. Bl. 65, 173 (189)

18) Bydlinski a. a. O. S. 190, der ausführlich nachweist, daß hier ausnahmsweise der Satz "lex posterior generalis non derogat lex priori specialis" keine Anwendung findet, weil eine Aufhebungsabsicht des Grundgesetzgebers zwar nicht nach der historischen, wohl aber nach der letztlich entscheidenden objektiv-teleologischen Auslegung angenommen werden kann. Ebenso Wiese S. 43

19) Bydlinski a. a. O. S. 190; vgl. auch Stoll 45. DJT S. 125, der die Regelung des § 253 BGB als legislatorische Fehlleistung bezeichnet, deren Respektierung der Rechtsprechung nicht länger zugemutet werden könne. Die Wertung des § 253 BGB empfinden ebenfalls als bedenklich: Heck § 18, 4; La-

Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß als wirksame Sanktion nicht nur ein Schmerzensgeldanspruch in Betracht komme, so daß die Derogation nicht zwingend sei. [20] Da Würde und Entfaltungsfreiheit des Menschen im Mittelpunkt der Grundgesetzwertung stehen, sind sie den in § 847 BGB aufgeführten Rechtsgütern vorrangig mit der Folge, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht ihnen auch im Hinblick auf den dort gewährten Schutz nicht nachstehen darf. [21] Andere Sanktionen als das Schmerzensgeld würden aber allenfalls dem Genugtuungs- nicht aber dem Ausgleichsgedanken Rechnung tragen. Die Beschränkung des § 253 BGB darf daher bei immateriellen Schäden, die durch eine Persönlichkeitsverletzung verursacht worden sind, nicht eingreifen. [22]

Es ist daher zu überlegen, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch vor Störungen der Freizeitsgestaltung schützt bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Freizeitsbeeinträchtigung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes darstellt.

I) Aufgaben des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Unter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht iSd § 823 Abs. 1 BGB ist das Recht des einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit zu verstehen, das sich nicht nur gegen den Staat und seine Organe richtet, sondern auch im Privatrechtsverkehr gegen jedermann gilt. [23]

Fortsetzung Fn. 19)
renz I § 15 II c; anders aber Flume "Richter und Recht" (K 7 ff.), der aus der Einsicht, daß die technische Entwicklung seit dem 19. Jh. ganz andere Möglichkeiten der Persönlichkeitsverletzungen mit sich gebracht hat, nur einen "Ruf an den Gesetzgeber" für gerechtfertigt erachtet und nicht bedenkt, daß gerade der Wandel in den sozialen Verhältnissen dem BGH die Befugnis zur Rechtsfortbildung erteilte (vgl. auch unten S. 67 und BAG 5. 12. 69, NJW 70/723 (724 f.).

20) So Larenz, Methodenlehre S. 398 f., E. Kaufmann AcP 162, 421 ff. Weitere Nachweise Wiese S. 38 Fn. 127 und Hubmann S. 353 Fn. 20

21) Wiese S. 41; Hubmann S. 351 m. w. N.

22) So auch die h. M. G. Boehmer AcP 155, 180 (201); Coing JZ 58, 558; v. Caemmerer, Wandlungen S. 49, 107 f.; H. Kaufmann JuS 63, 373 (379 ff.) Wiese S. 37 ff. m. w. N. Fn. 125. Vgl. auch die Neufassung der §§ 823 Abs. 1 und 847 BGB durch den Ref. Entwurf 67

23) BGH 2. 4. 57, BGHZ 24, 72 (76) (Facharzt); 5. 12. 58, NJW 59, 525 (Gedenktafel); Nipperdey, Grundrechte IV 2 S. 832

Es schützt den Anspruch des Menschen, als sittliche Person geachtet zu werden.[24] Nipperdey definiert das allgemeine Persönlichkeitsrecht als "Rechtsmacht, die die Erhaltung, Verletzlichkeit, Würde, anerkannte Bezeichnung und freie Betätigung der Individualität nach allen Seiten umfaßt".[25] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die menschliche Personhaftigkeit und sichert damit unmittelbar jenen inneren Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des einzelnen untersteht.[26] Kraft des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann der einzelne von anderen verlangen, daß sie nicht unbefugt in diesen Persönlichkeitsbereich eindringen.[27]

Dabei herrscht Einigkeit darüber, daß aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Privatrechts keine positiven Handlungs- und Unterstützungspflichten hergeleitet werden können, sondern nur Eingriffsverbote und Unterlassungspflichten.[28] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sichert nur die menschliche Integrität, nicht aber begründet es eine Garantenstellung.

Die weite und stets auf bestimmt geschichtliche und soziale Situationen bezogene Wertschutzaufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - die umfassende Sicherung der Würde und Entfaltungsfreiheit des Menschen in allen Lebensbereichen - erlaubt jedoch nicht eine Definition des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Sinne eines abstrakt-begrifflichen Obersatzes unter den sich im Einzelfall subsumieren läßt.[29] Dies folgt einmal aus seinem Charakter als unmittelbar auf den Menschen und seine Persönlichkeit bezogene Rechtsposition. Bei der menschlichen Persönlichkeit handelt es sich um ein geistiges und nie abschließend bestimmbares Wesen, "das ständig über sich hinaus ins Irrationale strebt, das nach den Sternen greift und deren Ziel im Unendlichen liegt".[30]

Zum anderen will das allgemeine Persönlichkeitsrecht diese - unnormierbare[31] - Persönlichkeit in möglichst jeder der vielfältigen und unvorhersehbaren Bezie-

---

24) Coing, Grundzüge S. 136. Vgl. auch das Max-Planck-Institut S. 2: "Schutzobjekt (des Art. 28 ZGB) bildet das Persönlichkeitsrecht als das allgemeine Individualrecht auf Achtung und Geltung eines Menschen, Hubmann S. 64; Müller S. 66

25) Enneccerus-Nipperdey S. 453, 577; Nipperdey, Grundrechte IV 2 S. 828

26) BGH 14. 2. 58, BGHZ 26, 349 (354) (Herrenreiter)

27) BGH 20. 5. 58, BGHZ 27, 284 (286) (Tonbandaufnahme); 18. 3. 59, BGHZ 30, 7 (11) Valente)

28) Hubmann a. a. O. S. 186

29) Müller a. a. O. S. 39

30) Hubmann a. a. O. S. 136

31) W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht S. 243

hungen des menschlichen Zusammenlebens schützen. [32] Die Verletzungsmöglichkeiten der Würde und Entfaltungsfreiheit des anderen sind aber mannigfaltiger und unaufzählbarer Art. Sie hängen von der jeweiligen individuellen Situationsgestaltung ab. Auch kann die Zukunft, insbesondere die Entwicklung der Technik jederzeit neue Eingriffsmöglichkeiten in die Freiheit und Individualität des anderen bringen. [33]

Ein scharf abgegrenztes - subsumierbares - Persönlichkeitsrecht könnte daher immer nur ein Teil der menschlichen Persönlichkeit schützen und würde damit seiner umfassenden Schutzfunktion nicht gerecht werden. Diese kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur in Gestalt einer abzugrenzenden und einzuschränkenden Generalklausel erfüllen. [34]

Die Rechtsprechung konnte der menschlichen Persönlichkeit daher nur die Chance eines unmittelbaren und umfassenden Schutzes eröffnen, indem sie ihr durch eine weite Generalklausel und deren Anerkennung als absolutes Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB "eine formelle Rechtsgrundlage zur Geltendmachung ihrer vielfältigen und unbenannten Achtungsansprüche im Recht bot". [35] Durch diese Rechtsfortbildung des BGH gilt heute im deutschen Recht die gleiche Generalklausel, wie sie Art. 28 Abs. 1 des schweizerischen ZGB formuliert hat: [36]

"Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugter Weise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen. "

Diese Vorschrift wird durch Art. 49 OR ergänzt. "Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens, und, wo die besondere Schwere des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.

Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen. "

Aufgabe des Richters ist es, diese Generalklausel unter Beachtung der Wertvorstellungen des Grundgesetzes und dem Wesen der Persönlichkeit zu konkretisieren und abzugrenzen. [37] Dies geschieht durch Absonderung besonderer Einzelrechte

---

32) Müller a. a. O. S. 39

33) Hubmann a. a. O. S. 179; v. Caemmerer a. a. O. S. 105; vgl. auch die Verh. d. 42. DJT im Jahre 1957, Gutachten von Bussmann u. Henkel und die Referate von Nipperdey und Larenz, 42. DJT I (1) 3; II D 3, 25, 41, 63; II, H 6: "sie hängen von der jeweiligen Situationsgestaltung ab".

34) BGH 2. 4. 57, BGHZ 24, 72 (78) (Facharzt)

35) Müller a. a. O. S. 47

36) BGH 2. 4. 57, BGHZ 24, 70 (78); 19. 9. 61, BGHZ 35, 363 (369) (Ginseng); v. Caemmerer a. a. O. S. 107

37) Nipperdey, Grundrechte IV 2 S. 834

aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Insoweit ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewissermaßen ein "Muttergrundrecht" [38] oder "Quellrecht" [39], aus dem einmal die einzelnen konkreten Persönlichkeitsrechte durch Bildung von Fallgruppen abzuleiten sind und auf das bei Fehlen eines bereits konkretisierten Persönlichkeitsrechtes stets zurückgegriffen werden kann, um ein neues zu entwickeln. [40] Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht wohnt dabei als richtungsweisender Generalklausel ein dynamischer Zug inne. "Es eröffnet einer steten Rechtsfortbildung auf der Grundlage des Persönlichkeitsgedankens den Weg." [41] Soweit die historische Entwicklung die Möglichkeit von Verletzungen eines besonderen Persönlichkeitsgutes in großem Maßstab mit sich bringt bzw. dessen besondere Verletzlichkeit und Schutzwürdigkeit aufzeigt, hilft das einheitliche, [42] allgemeine Persönlichkeitsrecht, dieses Gut durch Entwicklung eines konkretisierten Persönlichkeitsrechts zu schützen. [43]

Daneben ermöglicht dieses Quellrecht aber nicht nur die Herauskristallisierung besonderer Persönlichkeitsgüter durch Schaffung von Fallgruppen, sondern stellt zugleich ein subsidiäres Auffangrecht für einzelne Persönlichkeitsverletzungen dar. [44] In seiner Funktion als Auffangrecht schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht die noch nicht gesetzlich geregelten und "noch nicht zur Abklärung gekommenen Wesensbestandteile der Persönlichkeit". [45]

II) Das besondere Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitsgestaltung

Das Problem dieser Arbeit spitzt sich daher auf die Frage zu, ob aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des § 823 Abs. 1 BGB ein besonderes Einzelrecht auf freie und ungestörte Freizeitsgestaltung hergeleitet werden kann, wobei allerdings von vornherein feststeht, daß dieses Recht einer sorgfältigen Eingrenzung unter vorsichtiger Interessenabwägung bedürfte.
Das Problem ist gemäß der durch das Grundgesetz vorgeschriebenen Wertung der

---

38) BGH 2. 4. 57, BGHZ 24, 72 (78); Hamann, GG Art. 2 Anm. B 2; Dürig JZ 57, 169 (170); Nipperdey, Grundrechte IV 2 S. 834
39) BGH ebenda; Larenz NJW 55, 521 (525)
40) Nipperdey a. a. O. S. 834
41) Müller a. a. O. S. 87
42) Nipperdey a. a. O. S. 836
43) Vgl. Gutachten Max-Planck-Institut S. 2 für Art. 28 ZGB
44) Müller a. a. O. S. 87
45) Hubmann a. a. O. S. 84

Persönlichkeit zu entscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit iSd Art. 2 Abs. 1 GG identisch ist.[46] Dies folgt einmal daraus, daß es seine Grundlage nicht nur in der Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, sondern in gleicher Weise in dem Recht auf Würde des Art. 1 GG findet. Zum anderen steht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG im Privatrechtsverkehr immer zugleich die gleiche Freiheit des anderen gegenüber.[47]
Wesensmäßige Voraussetzung für die Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung ist vielmehr, daß in der Freizeitsgestaltung die Persönlichkeitswerte, die das Grundgesetz schützen will, von Bedeutung sind.[48] Dies hängt davon ab, ob die Funktion der Freizeit für die Persönlichkeit des einzelnen die gleiche schutzwürdige Bedeutung hat wie die Funktion der anderen bereits durch konkretisierte Persönlichkeitsrechte geschützten Persönlichkeitsgüter.

1) Notwendigkeit des Schutzes der Freizeitsgestaltung vor Störungen durch das Persönlichkeitsrecht

Die Funktionen und Bedeutung der Freizeit hängen maßgebend von der Arbeitswelt des einzelnen ab. Geht man von der gewöhnlichen Arbeitswelt der Bevölkerung, also der der Bezieher kleiner und mittlerer Einkommen aus,[49] so lassen sich drei Funktionen der Freizeit erkennen: Die Rekreation bzw. Regeneration, die Kompensation und die Selbstentfaltung.[50]

a) Schutz der Selbstentfaltungsfunktion

Die letztgenannte Freizeitsfunktion zeigt am deutlichsten die große Bedeutung der Freizeit für die einzelne Persönlichkeit und ihre Entfaltung. Das Berufsleben erlaubt es dem größten Teil der Bevölkerung nur unvollkommen, durch die Er-

46) Nipperdey a. a. O. S. 836
47) BGH 2. 4. 57, BGHZ 24, 72 (80); Larenz NJW 55, 522; Neumann-Duesberg NJW 57, 1341
48) BGH ebenda; vgl. auch Bayr. VerfGH v. 22. 3. 48, VGH NF 1 II 31 f.; Müller a. a. O. S. 51 f., 84
49) Zu den Abweichungen bei den Beziehern höherer Einkommen, also vor allem der in verantwortungsvollen Positionen Tätigen vgl. unten S. 66 f.
50) Dumazedier, Problèmes actuels de la sociologie du loisier, in: Revue international de sciences sociales (Unesco) 4, 1960 S. 564-573; Hanhart, Arbeiter in der Freizeit S. 33

werbstätigkeit seine Persönlichkeit zu entfalten. Die Fremdbestimmung und Rationalisierung der Arbeit, die weithin in monotonen und abgehackten Funktionsvollzügen verläuft, [51] nimmt ihm die Möglichkeit der schöpferischen Selbstgestaltung, Eigeninitiative und Individualität. Die Spezialisierung führt zu den bekannten "Fachidioten", denen das Streben nach Totalität völlig abgeht. Die Geschäftigkeit und Hast des Berufslebens verbunden mit der notwendigen materiellen Ausrichtung des Berufslebens verbieten eine Selbstbesinnung, eine Selbsteinkehr und eine Auseinandersetzung mit der geistigen Welt und Kultur, also mit den höheren Werten des Lebens.
Die Freizeit ist nun der Lebensbereich, in dem die Fremdbestimmung und Einseitigkeit des Berufslebens fehlen, in ihr gelten nicht die Regeln der Gewinnmaximierung, Produktivität und Effektivität. Sie ermöglicht es dem Menschen, der Betriebsamkeit, Hetze und Hast des Berufslebens zu entfliehen und zu sich selbst zu finden. Sie gibt die Muße und die Möglichkeit zum Alleinsein, die Voraussetzung für die Entfaltung des einzelnen zu einer Persönlichkeit sind. [52] Nur in der Freizeit kann man zur Selbstbesinnung, Selbstprüfung, Sammlung und Verinnerlichung kommen und versuchen, die sittlichen Werte zu erkennen und schließlich seine persönliche sittliche Aufgabe zu erfüllen. [53]

Eng damit verbunden ist die Individualisierungschance der Freizeit. Die sittliche Persönlichkeit umfaßt auch die Individualität, [54] die für eine echte Personalität unerläßlich ist. [55] Im Berufsbereich erleben wir heute eine fortschreitende Uniformierung. Infolge des durchrationalisierten Sachzwanges des Erwerbslebens und den damit verbundenen spezialisierten Arbeitsvollzügen, die eine gleichförmige Erledigung von Teilfunktionen erfordern, ist für individuelles Verhalten kein Spielraum geblieben. [56]

In der Freizeit kann der einzelne seiner individuellen Initiative und Produktivität nachgehen. Diese zeigt er beispielsweise bei der individuellen Schaffung seiner Wohnkultur und der Pflege seines besonderen Interessengebietes. Gerade die Ausübung eines Hobbys ist eine große Chance zur Individualisierung. [57] In

---

51) Kröber-Kenneth, Weniger Arbeit mehr Verschleiß, FAZ 21. 2. 59 S. 5; Erich Weber, Freizeitsproblem S. 165
52) E. Weber a. a. O. S. 172; A. de Quervain, Ruhe und Freizeit S. 64; Weinstock, Arbeit und Bildung S. 150; F. Leist, Wäre ich ein Mensch S. 14
53) Hubmann, Persönlichkeitsrecht S. 50; N. Hartmann, Ethik S. 94
54) Hubmann a. a. O. S. 48
55) Weber a. a. O. S. 173
56) Schelsky, Skeptische Generation S. 381
57) Schelsky a. a. O. S. 382

der Freizeit kann sich der einzelne seiner Eigenart gemäß verhalten, seinen individuellen Charakter und seine Persönlichkeit entfalten und dokumentieren. Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, daß die Freizeit nicht die Entwicklung zum selbstbestimmten und individuellen Verhalten garantiert, sondern nur eine zu nutzende Chance darstellt, die vom Konsumzwang und Konformismus bedroht wird, [58] und ihnen häufig unterliegt. [59] Dies ändert jedoch nichts daran, daß in der heutigen Gesellschaftsordnung die Freizeit ein weit größeres Potential zur Individualisierung darstellt, als die Arbeitswelt und die Bildung einer individuellen Persönlichkeit größtenteils nur noch in der Freizeit geschehen kann.

Die Freizeit gibt dem einzelnen ferner die Möglichkeit, sich selbst beruflich fortzubilden. [60] Daß der Weiterbildung bzw. Fortbildung ein persönlichkeitsbildendes Element innewohnt, läßt sich nicht bestreiten.

Daneben ermöglicht Freizeit aber auch im besonderen Maße die Aneignung von geistig-kultureller Bildung. Es handelt sich dabei nicht um ein Bemühen um nützlich verwertbare Leistungssteigerung, sondern um eine ideelle Orientierung. Sie ist auf eine Aneignung von und Auseinandersetzung mit den Werten ausgerichtet. [61] "Nur in der Freizeit vermag der Mensch zur geistig-kulturellen Bildung als der Aufnahmefähigkeit und Gestaltungsfähigkeit im ästhetischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und weltanschaulichen Bereich zu gelangen." [62] Nur während der arbeitsfreien Periode hat er z. B. Zeit, sich mit der Literatur zu beschäftigen, in die Oper zu gehen, Museen und Ausstellungen zu besuchen oder an den verschiedenen Einrichtungen der Erwachsenenbildung wie der Volkshochschule teilzunehmen. Durch Bildung kann das Postulat nach menschlicher Totalität erfüllt werden, das Vermeiden von Einseitigkeiten in der Personenentfaltung.

Eine Hauptaufgabe der Allgemeinbildung und damit der Freizeit liegt daher im heutigen Zeitalter der Technik mit seinen Anforderungen einer meist engen Spezialisierung im Berufsleben darin, alle menschlichen Fähigkeiten anzusprechen und anzuregen, und die in der Arbeitswelt brachliegenden geistigen Kräfte zu mobilisieren. [63]

Die Selbstentfaltungsfunktion der Freizeit zeigt sich auch in der Anknüpfung zwischenmenschlicher Beziehungen. Der zwischenmenschliche Umgang ist ein

---

58) Weber a. a. O. S. 51

59) Schelsky a. a. O. S. 382

60) Vgl. hierzu V. v. Blüchers, Freizeit in der industriellen Gesellschaft S. 77 ff.

61) Weber a. a. O. S. 176

62) Weber a. a. O. S. 312

63) Keilhacker, Pädagogische Orientierung im Zeitalter der Technik, S. 119

wesentliches persönlichkeitsbildendes Moment. [64] Im durchrationalisierten und spezialisierten Arbeitsleben der Gegenwart sind die zwischenmenschlichen Beziehungen jedoch stark reduziert. Der Mensch hat seine tägliche Berufswelt größtenteils in einer weitgehend apersonalen Umwelt vorwiegend maschineller oder organisatorischer Vorgänge zu verrichten. [65] Man arbeitet nebeneinander, primär vom Sachzwang der Arbeitsaufgabe her koordiniert, wobei der einzelne sich nicht um den anderen zu kümmern, sondern nur seinen eigenen Auftrag zu erledigen hat. [66] Zwar werden auch bei solchem bloßen Nebeneinanderarbeiten soziale Kontakte gebildet, jedoch kommt es während der Arbeitszeit nicht zu zwischenmenschlichen Beziehungen. Erst die Freizeit bietet in ihrem vom Druck des Erwerbslebens entlasteten Bereich die Chance zur Anknüpfung tieferer die Persönlichkeit maßgebend beeinflussender Beziehungen.

Bei Ausübung dieser keineswegs erschöpfend aufgezählten Freizeitsbeschäftigungen entfaltet der einzelne unstreitbar seine Persönlichkeit. Hierbei nutzt der einzelne die in der Freizeit liegende Chance, seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person zu entfalten. Er beschäftigt sich mit den Kulturwerten, versucht sie zu verwirklichen und ist damit auf dem Wege, eine sittlich reife Persönlichkeit zu werden. Ohne Freizeit und die Möglichkeit, sie ungestört zu gestalten, ist eine Verwirklichung des Menschenbildes nicht möglich. Dieser Lebensbereich muß daher vor Eingriffen und Störungen Dritter auch im Bereich des Privatrechtsverkehrs geschützt werden. Die Persönlichkeit verlangt nicht nur einen Schutz ihrer Integrität, ihr ist vielmehr auch ein gewisser geistiger und gegenständlicher Entfaltungsraum zu gewährleisten. [67] Erst dann kann sie die "ihr durch das Leben gebotene Chance zur Wertverwirklichung" [68] nutzen.

b) Schutz der Kompensationsfunktion

Fraglich ist, inwieweit der "kompensatorische Freizeitsbereich" schutzwürdig ist.
Der Begriff kompensatives Freizeitsverhalten setzt zunächst ein Mangelerlebnis (Frustration) voraus, denn Kompensation bedeutet Ausgleich gegenüber Unzulänglichkeiten. Die Maschinenwelt und die motone Arbeitsbestätigung führen zur Selbstentfremdung des Menschen. Durch die Fremdbestimmtheit der Arbeit,

64) Vgl. Hubmann a. a. O. S. 53; Keilhacker a. a. O. S. 92
65) Keilhacker ebenda
66) Weber a. a. O. S. 174
67) Mertens JuS 62, 261 (265)
68) Hubmann a. a. O. S. 64

die hohen Leistungsanforderungen mit den damit verbundenen ständigen seelisch-nervlichen Anspannungen und die zunehmende Spezialisierung, die zum einen die Möglichkeit einer Identifizierung mit "seinem Werk" unmöglich macht und zum anderen die Fähigkeiten des Einzelnen nur noch stark verkürzt zum Einsatz kommen läßt, erleben die meisten Arbeitenden ein Mangelerlebnis. [69] Da die Arbeit für viele Schaffenden daher keine Berufung mehr zuläßt, tritt eine seelisch-innere Distanzierung von der Erwerbsarbeit ein. "Die Freizeit wird zum Protest gegen das fremdbestimmte, zerstückelte, weitgehend funktionalisierte, hetzende und monotone Sich-Abmühen, von dem man sich in der Freizeit völlig ablösen will." [70] Diese fluchtartige Abkehr von der Berufssphäre, hervorgerufen durch ein quälendes Mangelerlebnis, führt zum kompensatorischen Freizeitverhalten. [71]

Eine der bedeutsamsten kompensatorischen Funktionen des heutigen Freizeitlebens ist die Zerstreuung und Unterhaltung. [72] Das Verlangen nach Abwechslung ist ein Grundbedürfnis des Menschen. Im modernen Erwerbsleben hat es wegen der dort vorherrschenden Monotonie und Spezialisierung stark an Bedeutung gewonnen. Dies gilt nicht nur bei den eintönigen Betätigungen am Fließband, sondern ebenso bei den gleichförmigen Erledigungen in den Büros und den sonstigen spezialisierten Berufsausübungen. [73] Es läßt sich von diesem Ausgleichsbedürfnis in der Freizeit überhaupt sagen, daß es sich vor allem bei solchen Erwerbstätigen zeigt, deren Arbeitszeit besonders stark von der Monotonie belastet wird. [74]

Das Bedürfnis nach Zerstreuung, Unterhaltung und Vergnügen wird durch Tätigkeiten unterschiedlichen Niveaus und Qualität wie Gaststättenbesuchen, Kinogehen, Fernsehen, Lesen von Romanen, Theaterbesuchen etc. befriedigt. Berücksichtigt man jedoch den Ausgleichszweck dieser Vergnügungen, so zeigt sich die Notwendigkeit, das genießende Individuum und seine geistigen Fähigkeiten mit zu berücksichtigen. Es hat keinen Sinn, jemanden "höhere" Vergnügen zu oktroyieren, die für ihn keinen Sinn haben. [75] "Tiefe und Umfang der Aufnahmefähigkeit sind nicht ein Akt des Willens; jeder hat ein Recht auf Ausübung des ihm zugänglichen Vergnügens, denn diese Vergnügen stellen eine Befreiung von vielen

---

69) Habermas, Soziologische Notizen zum Verhältnis von Arbeit und Freizeit S. 225; Weber a. a. O. S. 163 ff.

70) Weber a. a. O. S. 28

71) Dumazedier a. a. O. S. 569; Hanhart S. 33

72) Habermas ebenda

73) Weber a. a. O. S. 165

74) vgl. H. Seyle, Stress beherrscht unser Leben S. 313

75) Weber a. a. O. S. 166

Arten des Drucks dar." [76]

Wie der einzelne also diesem Ausgleichsbedürfnis nachkommt, ist ihm selbst zu überlassen, da nur dann eine Erreichung des Ausgleichszweckes gewährleistet ist.

Die Freizeit ermöglicht also die Befriedigung des legitimen und notwendigen Bedürfnisses nach Genuß und Freude und Vergnügen, die im Wechsel mit den Anstrengungen des Lebens eine wichtige Rolle für die Psycho-Hygiene und die biologische Gesundheit des Menschen spielt. [77]

Die Freizeit gibt dem Menschen in ihrer kompensatorischen Funktion weiter die Möglichkeit, durch Sport "jenes Maß an Eigenbewegung und Eigentätigkeit zu bekommen, das ihm als Funktionär der modernen Arbeitswelt im Zuge der fortschreitenden Technisierung vorenthalten wird, auf das er aber andererseits nun einmal von der Natur angelegt ist, um ihn biologisch in Form zu halten und einer fortschreitenden Entfremdung gegenüber seinem Körper entgegenzuwirken". [78]

Ein weiteres und überaus wichtiges kompensatorisches Freizeitverhalten ist die Befriedigung des Konsumbedürfnisses. Während der Arbeitszeit ist ein Konsum der produzierten und angebotenen Güter nicht möglich. Das Streben nach einem hohen Lebensstandard, nach Teilhaben an den Annehmlichkeiten des Lebens kann in der industriellen Gesellschaft fast ausschließlich nur in der Freizeit erfüllt werden. Und nur wegen der Gewißheit, durch die Erwerbstätigkeit eine Steigerung seiner Konsumpotenz herbeizuführen, nimmt der Schaffende die Schwierigkeiten des Erwerbslebens auf sich. [79]

Eng damit verbunden ist eine weitere kompensatorische Leistung des Freizeitlebens; dem in der Freizeit möglichen Gewinn von Anerkennung und Prestige und Dokumentation des sozialen Status. Durch die mit der Industrialisierung und Bürokratisierung eingetretene Trennung von Arbeitsstätte und Heim bleibt die Berufstätigkeit für Außenstehende häufig weitgehend verborgen. [80] Auch ist

---

76) L. Marcuse, Vergnügungsindustrie S. 4

77) Lersch, Aufbau der Person S. 109; Dumazedier a. a. O. S. 569; Seyle a. a. O. S. 313; L. Marcuse ebenda

78) Lersch, Sport als Aufgabe unserer Zeit S. 14

79) Vgl. im einzelnen Blücher a. a. O. S. 180; Th. Scharmann, Die industrielle Entwicklung in der sozialen Wirklichkeit S. 576; H. Freyer, Die Idee der Freiheit im technischen Zeitalter S. 62; Mead, The pattern of Leisure in contemporary American Culture S. 14 ff.; Galbraith, Industriegesellschaft S. 403

80) Schelsky a. a. O. S. 381; Weber a. a. O. S. 364

die berufliche Leistung des einzelnen wegen ihrer Spezialisierung für die anderen häufig nicht mehr einschätzbar, das Berufsbild ist der Umwelt unbekannt. [81] Der Beruf versagt daher vielen die Erfüllung des Bedürfnisses nach Anerkennung und Geltung der eigenen Person durch die Umwelt wegen der mangelnden Überschaubarkeit und Einschätzbarkeit der beruflichen Leistung. [82] Um den einzelnen überhaupt beruflich einschätzen zu können, muß sich die Umwelt des Maßstabes der Kaufkraft bedienen, die zum Ausdruck der beruflichen Leistung wird. [83]
Zum anderen lassen auch viele Arbeitsvollzüge, vor allem die weitgehend spezialisierte Erledigung von Teilfunktionen kaum eine Befriedigung des Anerkennungs- und Geltungsstrebens zu.

In der Freizeit entsteht nun ein Lebensbereich, in dem sich neue Möglichkeiten des Prestige-Erwerbs und der Statusdokumentation eröffnen. [84] Da einerseits die Kaufkraft, also der Konsum, zum entscheidenden Statusfaktor in der heutigen industriellen Gesellschaft geworden ist, auf der anderen Seite dieser Konsum aber in der Freizeit vollzogen wird, erfolgt die Einschätzung des einzelnen nach seinem Freizeitkonsum. Der Konsum wird zum Mittel sozialen Selbstverständnisses und sozialer Anerkennung. Man konsumiert, um seine Kaufkraft zu demonstrieren. Je verschwenderischer der Konsum, je demonstrativer der Verbrauch, [85] um so größer ist die Wertschätzung des einzelnen durch die Umwelt. Der demonstrative Konsum ist die "soziale Dokumentation des Mit-dabei-gewesen-seins, des Sich-etwas-auch-leisten-könnens, des Nicht-zurückstehen-wollens, des Davon-erzählen-könnens usw. Für alle entwickelten industriellen Gesellschaften wird daher mehr und mehr der soziale Status im Raume der Freizeits- und Verbrauchersphäre des Lebens entschieden; Konsumgüter und Freizeitsbeschäftigungen werden zu den "sozialen Zeichen", mit denen sich soziale Ränge auswiesen und gegenseitig bestätigen. " [86] Die im Konsum demonstrierte Kaufkraft bestimmt heute also entscheidend die soziale Stellung des einzelnen; [87] sie ist maßgebendes Kriterium bei der Einschätzung der einzelnen Persönlichkeit durch die Umwelt geworden.

---

81) Knebel, Strukturwandlungen S. 114
82) Vgl. Schelsky, Bedeutung des Berufes S. 40 f.
83) Knebel a. a. O. S. 114
84) Weber a. a. O. S. 164
85) Das Faktum des sozialrelevanten Konsums in Form des demonstrativen Verbrauchs (conspicious consumption) entdeckte zuerst Th. Veblen, Theory of the leisure class S. 46
86) Schelsky, Skeptische Generation S. 381
87) Knebel a. a. O. S. 124

Neben dem demonstrativen Verbrauch (conspicuous consumption) ermöglicht die Freizeit auch die Demonstration eines anderen sozialrelevanten Konsums, den von immateriellen Gütern. Hierbei geht es um die Ansammlung konsumierter Erlebnisse und Erfahrungen auf dem kulturellen Sektor. Eine Kunstausstellung, ein Theaterstück oder eine kunsthistorische Stätte werden besucht, um später zu Hause oder am Arbeitsplatz davon zu erzählen und dadurch sein konsumiertes Erlebnis und die damit verbundene Erfahrung ("Bildung") zu demonstrieren. Dieser demonstrative Erfahrungskonsum (conspicuous experience) [88] dient dem einzelnen also zur Akkumulation von Sozialisierungssymbolen in Form von Erlebnissen und Erfahrungen, denen von den anderen Beachtung, Anerkennung und Bewunderung entgegengebracht wird. [89] Wenngleich diese Form der Freizeitsgestaltung und des Konsums immaterieller Güter auch bedauerlich und oberflächlich erscheint, so ist doch zu bedenken, daß gerade diese conspicuous experience heute in allen Bevölkerungsschichten einen entscheidenden Faktor bei der sozialen Einschätzung des einzelnen und seiner Persönlichkeit darstellt. Mit idealistischen Vorhaltungen kann man diese Tatsache nicht zur Bedeutungslosigkeit bzw. Unbeachtlichkeit herabwürdigen. Das Faktische zwingt dazu, den einzelnen auch zu diesen Zwecken seine Freizeit gestalten zu lassen und ihm dadurch die Möglichkeit zu geben, angemessenes Sozialprestige zu erwerben und seine "Persönlichkeit" herauszustellen. Darüber hinaus beinhaltet gerade der immaterielle Konsum die große Chance in sich, - langfristig gesehen - einen Teil der Konsumenten tatsächlich an den immateriellen Werten zu begeistern und sie von einer bloßen Konsumentenhaltung hinweg zu einem aktiv-geistigen Erleben hinzuführen. Es ist besser, daß die kulturellen Einrichtungen zunächst von einer Vielzahl bloßer Konsumenten besucht werden, die dadurch eventuell eines tieferen Erlebens belehrt werden kann, als daß man aus einer gewissen Überheblichkeit heraus diesen Bevölkerungskreisen den Anspruch auf jene Art von immateriellem Konsum verwehrt und damit lediglich erreicht, daß nur bei wenigen "Auserwählten" Kulturinteressen vorhanden sind und sie den anderen weder zugänglich sind noch werden.

Auch dieser kompensatorische Freizeitsbereich ist schutzwürdig. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht beschränkt sich nicht darauf, den Menschen in seiner Entfaltung z u r Persönlichkeit zu schützen. Aus der Würde des Menschen folgt vielmehr, daß dem einzelnen Eigenwert und eigenständige Bedeutung zukommt. Er muß daher berechtigt sein, sein persönliches Wesen auszubilden,

---

88) Der Begriff "conspicuous experience" für das Phänomen des demonstrativen immateriellen Konsums wurde von David Riesman, Die einsame Masse S. 189 geprägt: "Dagegen sucht der außen-geleitete Verbraucher den Erlebnis- und Erfahrungsgehalt und nicht die Dinge selbst . . . "

89) Knebel a. a. O. S. 129

ein Individuum zu sein.[90] Er soll nach seiner eigenen und von ihm für richtig gehaltenen Entscheidung leben können.[91] Aufgrund seiner Menschenwürde, Individualität und Personalität kann auch derjenige Achtung und einen geschützten Lebensbereich verlangen, der nur wertneutralen Dingen oder gar Unwerten den Vorzug gibt.[92] Sein Persönlichkeitswert fordert Achtung seiner Persönlichkeit, d. h. ihrer Entfaltungsmöglichkeit, ihrer Lebenssphäre und ihres Eigenwertes.[93]

Auch der extrovertierte Mensch, der vorwiegend auf eine positive Einschätzung seiner Person durch die Umwelt und auf die äußeren und oberflächlicheren Lebensgenüsse angewiesen ist, verdient daher aufgrund seines "Menschseins" Schutz. Auch er hat Anspruch auf einen Lebensbereich, in dem er seine soziale Einschätzung verbessern, sich ein angemessenes Sozialprestige verschaffen und in dem er die von ihm für erstrebenswert und wertvoll gehaltenen Ziele verfolgen und erreichen kann.

Demonstrativer Verbrauch und Kunstgenuß haben aber letztlich nur die Funktion, den Konsumenten in den Augen der Mitmenschen aufzuwerten. Sie sollen einen sozialen Wert- und Achtungsanspruch in der Gemeinschaft erfüllen.[94] Das Bedürfnis nach Anerkennung durch die Umwelt "ist ein echter moralischer Anspruch, nicht geringer als der der äußeren Rechte der Person", sagt Nicolai Hartmann.[95] Wenn aber heute die Achtung und Einschätzung eines Menschen neben anderen Eigenschaften maßgebend von seiner demonstrativen Kaufkraft, seiner "Halbbildung", seinem gesellschaftlichen Auftreten und seinem Lebensstandard abhängig gemacht wird, dann heben eben solche Äußerlichkeiten das Sozialprestige des Menschen und realisieren damit seinen Achtungsanspruch. Das gleiche gilt für die Art und Weise, wie der Mensch den Bedürfnissen nach Zerstreuung und Unterhaltung Genüge tut. Die Form der Freizeitsgestaltung des einzelnen ist ein wichtiges Moment bei der Einschätzung seiner Person durch die Mitmenschen geworden.

90) Mertens JuS 62, 261 (265)

91) Nipperdey, Grundrechte IV, 2 S. 771 und S. 768 Fn. 121: "Zum Wesen der Entfaltungsfreiheit zählt auch die Freiheit zum Nichthandeln" und S. 740: "Es bleibt dem Einzelnen unbenommen, ob und wie er sich entfaltet ... Es bleibt dem Einzelnen überlassen, ob er sich auch zu einer seinen Anlagen und Fähigkeiten entsprechenden geistig-sittlichen Persönlichkeit i. S. echten Menschentums entwickelt! (zu Art. 2 Abs. 1 GG)

92) Hubmann S. 64; dies gilt allerdings nur, soweit er nicht gegen Rechte anderer oder gegen die Gesetze verstößt.

93) Hubmann S. 64

94) Dieser Anspruch ist Ausfluß der Menschenwürde, vgl. BVerfG 16. 7. 69, NJW 69, 1707

95) Das Problem S. 173

Auch beim kompensatorischen Freizeitsverhalten entfaltet also der Mensch seine Individualität, verwirklicht seinen Eigenwert, wobei in dieser Fähigkeit die Chance liegt, zu echter humaner Lebensführung vorzudringen.

c) Schutz der Rekreations- bzw. Regenerationsfunktion

Ein Schutz der ersten Freizeitsphase, der Rekreation und Regeneration, durch das Persönlichkeitsrecht ist deshalb gerechtfertigt, weil sie die fundamentalste, unbedingt notwendige Freizeitsfunktion ist.[96] Sie ist die Grundvoraussetzung für alle "höheren" Freizeitsverhalten wie auch für alle zukünftigen beruflichen Leistungen. Regeneration und Erholung ermöglichen die Funktionstüchtigkeit des Menschen, seine vitale Gesundheit und ökonomische Verwertbarkeit.[97] Insoweit besitzen Rekreation und Regeneration also keinen Selbstwert. Ohne ausreichenden Schutz dieser Freizeitsspannen würde dem einzelnen jedoch die Möglichkeit genommen, das in der Freizeit liegende "Potential zur Selbstentfaltung" zu nutzen. Er könnte dann seine Persönlichkeit weder durch Bildung, Individualisierung, Kunstgenuß noch durch kompensatorisches Freizeitsverhalten entfalten bzw. dokumentieren.

Da die Freizeit in ihrer Rekreationsfunktion schöpferische Ruhe und psychische Ausgeglichenheit gibt, würden außerdem dauernde massive Störungen dieses Freizeitsbereiches über kurz oder lang zu Gesundheitsschäden führen, und damit ein anderes, mit der Persönlichkeit des Menschen untrennbar verbundenes Gut verletzen. Es fragt sich jedoch, ob erst eine unmittelbare konkrete Gefahr für die Gesundheit abgewartet werden soll, bevor man dem Betroffenen einen Anspruch auf Unterlassung der Störungen gibt, oder ob man nicht besser durch die Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung dieser Gefahr durch Postulierung eines Eingriffsverbotes vorbeugt. Die Frage ist eindeutig im letzteren Sinne zu entscheiden.
Im übrigen dürfen die einzelnen Freizeitsfunktionen nicht losgelöst voneinander betrachtet werden. Sie bilden vielmehr eine bald nach der einen, bald nach der anderen Seite akzentuierte Einheit, so daß ein von Funktion zu Funktion differenzierender Schutz der Freizeit nicht möglich ist.

Die vorstehenden Ausführungen haben also gezeigt, daß für einen Großteil der Bevölkerung sich der Schwerpunkt des Lebens vom Beruf in die Freizeit verla-

96) Weber a. a. O. S. 161; Knebel a. a. O. S. 17, 37; Kroeber-Kenneth a. a. O. S. 5

97) Weber a. a. O. S. 162, hierzu zählt selbstverständlich auch die Befriedigung von Grundbedürfnissen wie Essen, Trinken und Schlafen.

gert hat. Unter den technischen und sozialen Verhältnissen der Großindustrie kann das wirkliche Leben vieler Menschen nur in der Freizeit gelebt werden. 98) Man kann wahrhaftig von einem "Jahrhundert der Freizeitsgestaltung" 99) sprechen. Nur in der Freizeit kann der überwiegende Teil der Bevölkerung "sein soziales Geltungs- und Rangstreben" zu erfüllen suchen, hier befriedigt der einzelne die Sinnansprüche und Initiative seines Daseins, die ihm die Abhängigkeit und sachliche Eingespanntheit der Arbeitswelt verwehrt. "Die Freizeit wird also zum Orientierungssystem der Privat- und Personenhaftigkeit des Menschen ausgebaut." 100)
Nur in der Freizeit kann der einzelne heute seine Persönlichkeit maßgeblich entfalten. Dabei ist allerdings festzuhalten, daß Freizeit nicht die Entwicklung des Menschen zur Persönlichkeit, d. h. die Entwicklung des einzelnen zum "echten Menschentum i. S. der abendländischen Kulturgemeinschaft" garantiert. Freizeit ist insoweit vielmehr nur ein Potential. Sie gibt dem einzelnen lediglich die Chance und die Möglichkeit, sich zu einer Persönlichkeit zu entfalten.

Aufgrund der Funktion und Bedeutung der Freizeit in der Gegenwart für die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen ist unter den herrschenden sozialen Gegebenheiten ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitsgestaltung anzuerkennen. Nur dann wird das in der Freizeit liegende Potential - die "Chance zur Persönlichkeitsentfaltung" - hinreichend geschützt, nur dann kann es genutzt werden.

2) Bedenken gegen die Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechts auf ungestörte Freizeitsgestaltung

Gegen die Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechts auf ungestörte Freizeitsgestaltung ließe sich zunächst einwenden, daß dieses Persönlichkeitsrecht der ursprünglichen Wertung des Gesetzgebers widerspreche. Die Bedenken sind aber nicht durchschlagend; denn durch die Rechtsfortbildung des BGH wurde - wie oben ausgeführt - das BGB unmittelbar geändert und der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft die Befugnis erteilt, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einzelne Fallgruppen herauszukristallisieren und durch konkretisierte Persönlichkeitsrechte zu schützen.
Zum anderen stellt die Entwicklung dieses besonderen Persönlichkeitsrechts nur eine Fortführung der Wertung des Gesetzgebers und deren Anpassung an die gegebenen sozialen Verhältnisse dar.

98) Friedmann, Der Mensch in der mechanisierten Produktion S. 218
99) M. Despinette, Neue Wege der Freizeitsgestaltung S. 177
100) Schelsky, Soziologie der Sexualität S. 119

Die Gesetzesverfasser gingen fälschlicherweise davon aus, daß die bestehende Rechtsordnung und insbesondere § 823 Abs. 1 BGB bereits hinreichend eine Persönlichkeitsentfaltung gewährleisteten und daher ein besonderer Schutz der Entfaltungsmöglichkeiten nicht mehr erforderlich sei. So heißt es in den Protokollen:

"Der Entwurf und die Anträge gehen davon aus, daß die Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen zu denjenigen Vorschriften gehören, welche dazu bestimmt sind, die Rechtskreise des Einzelnen, innerhalb derer diese ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen verfolgen dürfen, voneinander abzugrenzen. [101] Der Rechtskreis des Einzelnen umfasse, so wurde hervorgehoben, zunächst seine eigentlichen Vermögensrechte, dingliche wie obligatorische, sodann aber auch seine sogen. Persönlichkeitsrechte (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit, Ehre), welche durch das an Jedermann gerichtete Verbot eines Eingriffs ebenso geschützt seien, wie die Rechte an Sachen. " [102]

Und weiter:

"Die Aufstellung des Grundsatzes, daß die Schadensersatzpflicht ein Verschulden voraussetze ... sei von entscheidender Bedeutung für die Abgrenzung der Rechtskreise der Einzelnen, innerhalb deren sie ihre Individualität entfalten dürfen. " [103]

Dieser Irrtum beruhte darauf, daß der Gesetzgeber einseitig von "dem Konzept einer besitzenden Bürgergesellschaft", [104] "dem Leitbild des vernünftigen, selbstverantwortlichen und urteilsfähigen Rechtsgenossen" [105] und der "Fiktion einer Gleichheit der ökonomischen und sozialen Positionen" [106] ausging. Für

---

101) Hervorhebungen vom Verfasser

102) Prot. II S. 567 f. ; den Schutz der Ehre übernahm später § 823 Abs. 2 BGB iVm § 185 StGB

103) a. a. O. S. 569

104) Vgl. O. v. Gierke, Entwurf eines BGB S. 23 ff. ; ders., Soziale Aufgabe des Privatrechts S. 12 ff. ; A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen S. 3 ff. ; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 457

105) Wieacker a. a. O. S. 482

106) So Groh 35. DJT Bd. 2 S. 854 für den Strafgesetzgeber. Sein Vorwurf gilt aber ebenso für die Zivilgesetzgebung. Die bloß formale Gleichheit des bürgerlichen Rechts zeigt treffend Anatole Francé auf: "Die majestätische Gleichheit der Gesetze, die dem Reichen wie dem Armen verbietet, unter den Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen ... " (zit. nach Wieacker a. a. O. S. 457); vgl. auch Heldrich AmJCompL 1970 S. 22 (23): "The liberal neutrality of the code which offers the same rights to everybody can thus become a farce ... "

die besitzende Bürgerklasse fehlte jedoch die Monotonie und Fremdbestimmung im Erwerbsleben. Sie konnte sich vielmehr in ihrem Beruf entfalten und dort schöpferisch tätig werden. Großgrundbesitzer, Unternehmer wie auch die gehobene Beamtenschaft bedurften daher nur des Schutzes ihres Vermögens, ihrer Gesundheit, Körpers, Freiheit und Ehre, um in ihrer Persönlichkeitsentfaltung hinreichend gesichert zu sein.

Dieses Sozialmodell des Gesetzgebers galt jedoch damals und gilt auch heute nur für einen kleinen Teil der Bevölkerung. Bei den Bevölkerungskreisen, die in verantwortungsvollen und leitenden Positionen tätig sind, wie auch bei den selbständig Berufstätigen, erlaubt und fordert der Beruf gerade Eigeninitiative, schöpferische Selbstgestaltung und Individualität. Die Fremdbestimmung der Arbeit verringert sich, je weiter man innerhalb der Technostruktur nach oben gelangt. Je größer die Befugnisse des einzelnen sind, je höher seine Position ist, umso mehr kann er sich im Berufsleben entfalten. Für diese Schichten ist die Arbeit der Schwerpunkt des Lebens, in ihr finden sie ihre Befriedigung, für sie allein gilt das Sozialmodell des Gesetzgebers.

Es ist daher nicht weiter verwunderlich, daß bei diesen Kreisen die Entscheidung klar zugunsten längerer Arbeitszeit und höherem Einkommen ausfällt. "Einige rühmen sich ihrer uneingeschränkten Hingabe an die Arbeit; sie arbeiten um die Wette und verdienen mehr, als sie selbst für die ausgefallensten Produkte und Dienstleistungen ausgeben können." 107)
Für diesen kleinen Bevölkerungsteil schützte und schützt das BGB also tatsächlich hinreichend die Persönlichkeitsentfaltung.
Für den großen Teil der Bevölkerung jedoch, der nicht in der Lage ist, eine höhere Berufsposition und größere Mengen an Kapital zu erlangen, weil ihm dazu die finanziellen, ausbildungsmäßigen, sozialen und intellektuellen Voraussetzungen fehlen, ist hingegen eine derartige Persönlichkeitsentfaltung nicht gewährleistet. Für diese Bevölkerungsschichten führt die Arbeitswelt vielmehr zu einem Mangelerlebnis und damit zum kompensatorischen Freizeitsverhalten. Die Selbstentfaltung muß in den bisher ungeschützten Raum der Freizeit verlagert werden, weil sie während und in der Arbeit nicht möglich ist. Eine Entfaltung der Persönlichkeit in der Arbeitswelt - über das Medium Eigentum und Vermögen - ist diesen Kreisen verschlossen.

Dies hat der Gesetzgeber infolge der Einseitigkeit seiner Konzeption und seiner

---

107) Galbraith a. a. O. S. 404 f.; zur Ursache, daß bei den Freiberuflichen, Führungskräften der Wirtschaft, leitenden Beamten etc. keine Erweiterung der Freizeit zu verzeichnen ist, vgl. Schoeck, Soziologisches Wörterbuch S. 120

Fiktion der Gleichheit der Positionen nicht erkannt. [108] Nachdem aber heute feststeht, daß der Gesetzgeber in seiner Ansicht, durch § 823 Abs. 1 BGB die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen hinreichend geschützt zu haben, irrte, ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft, die Wertung des Gesetzgebers fortzudenken und den tatsächlichen sozialen Gegebenheiten anzupassen. Dies hat dadurch zu geschehen, daß man den einseitigen Schutz der Persönlichkeitsentfaltung durch die Gesetzesverfasser ausdehnt und auch jenem Bevölkerungsteil einen Lebensbereich garantiert, der seine Persönlichkeit nicht im Berufsleben entfalten kann. Da dieser Lebensbereich - wie aufgezeigt - die Freizeit ist, handelt es sich bei der Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung um nichts anderes als um eine teleologische Anpassung des Gesetzes [109] an die soziale Wirklichkeit [110] und eine Erfüllung des Gebotes der sozialen Rechtsstaatlichkeit.

Gegen die Anerkennung des besonderen Freizeitsrechts ließe sich weiter einwenden, daß dieses Recht viel zu unbestimmt und zu umfassend sei, damit ein allgemeines Freiheitsrecht postuliert würde, dessen (inhaltliche) Abgrenzung zu den Freiheitsrechten der anderen nicht möglich sei und diese Anerkennung damit letztendlich zu einer reinen Billigkeitsjurisprudenz und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit führe.

Diesem Einwand ist dreierlei entgegenzuhalten. Zunächst wird heute bereits von einem Teil der Literatur aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein allgemeines Freiheitsrecht hergeleitet, [111] "das sich in einer für die Anwendung

---

108) Zu Recht wendet sich O. v. Gierke (Entwurf S. 25 Fn. 3) gegen die Unterstellung Mengers (a. a. O. S. 13 ff. und 40 f.), daß die einseitige Bevorzugung des Besitzbürgertums vom Gesetzgeber bewußt vorgenommen und beabsichtigt worden sei. Sie beruhte vielmehr darauf, daß die Gesetzesverfasser die soziale Aufgabe des Privatrechts verkannten.

109) Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre S. 399 ff.

110) Zur Anpassung des Gesetzes und der Fortführung der Wertung des Gesetzgebers an gewandelte soziale Verhältnisse vgl. BAG 5. 12. 69, NJW 70, 723 (724 f.). Bei der Anerkennung des Freizeitsrechtes handelt es sich hingegen um eine Anpassung an die verkannten tatsächlichen sozialen Gegebenheiten.

111) Vgl. Soergel-Siebert § 12 Anm. 6 Nr. 30; Staudinger-Coing Anm. 19 vor § 1; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I § 101 I 1, 2; Fikentscher, Schuldrecht § 97 II 1 b, § 103 I 3; H. Kaufmann JuS 63, 374; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht I Allgemein, Anm. 42. O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht 1. Bd. S. 710; Hubmann S. 178 m. w. N.

des § 823 BGB genügenden Weise abgrenzen läßt". [112]

Ferner werden die anschließenden Untersuchungen über Inhalt und Grenzen des (besonderen) Persönlichkeitsrechts auf ungestörte Freizeitsgestaltung zeigen, daß dieses Recht eingrenzbar und praktikabel ist. [113]

Als drittes läßt sich gegen diesen Vorwurf einwenden, daß ein ähnlich weites und umfassendes Persönlichkeitsrecht bereits in der geltenden Rechtsordnung durch die Anerkennung des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, [114] und die Persönlichkeitsrechte auf Betätigung der Arbeitskraft, [115] auf gewerbliche [116] und auf berufliche, insbesondere kulturelle [117] Betätigung besteht. Auch diese besonderen Persönlichkeitsrechte [118] bedurften einer sorgfältigen Abgrenzung. Wie das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung den einzelnen in seinem Freizeitsleben schützen soll, so schützen die aufgezählten Rechte den einzelnen umfassend im Berufsleben bzw. der Arbeitswelt. Man kann das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung geradezu als notwendiges Korrelat zu diesen Rechten auffassen, durch dessen Anerkennung erst ein umfassender Schutz des Menschen in seinem inneren Persönlichkeitsbereich durch das Recht gewährleistet ist. Müller meint, daß sich "im Persönlichkeitsschutz ein eher zerbrechlicher, empfindlicher Mensch enthüllt", der in seinen persönlichen Lebensbereichen des Schutzes durch das Recht bedarf. [119] Dann ist es aber in keiner Weise gerechtfertigt, ihm diesen Schutz auf dem größten Gebiet, der Freizeitsgestaltung, zu versagen, zumal durch die "berufsbezogenen" Persönlichkeitsrechte nur einem kleinen Teil der Bevölkerung die Persönlichkeitsentfaltung ausreichend

---

112) Hubmann S. 185

113) Vgl. unten S. 69 ff.; vgl. hierzu v. Caemmerer, Wandlungen S. 83 m. w. N.; Enneccerus-Nipperdey S. 433 Fn. 13

114) Vgl. hierzu v. Caemmerer, Wandlungen S. 83 m. w. N.; Enneccerus-Nipperdey S. 433 Fn. 13

115) Vgl. Boehmer, Einführung S. 284 f.; ders. FamRZ 60, 177; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse S. 942; Neumann-Duesberg NJW 57, 1344; Hueck, Nipperdey 6. Aufl. Bd. 2 S. 639; Hubmann S. 188 m. w. N. in Fn. 14. Anders RG 29. 5. 1902, RGZ 51, 369 (373).

116) Vgl. hierzu BGHZ 36, S. 77 f., 80 (24. 10. 1961) (Waffenhandel)

117) Hubmann S. 198 ff. m. w. N., S. 199 Fn. 6

118) Das vom Reichsgericht und BGH seit langem anerkannte Recht auf ungehinderte Ausübung der gewerblichen Tätigkeit wird von vielen als ein Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes angesehen. Vgl. Enneccerus-Nipperdey S. 579 Fn. 7 u. S. 852, ferner die Nachw. bei Hubmann S. 192 f. Fn. 11-13

119) Müller S. 7

gewährleistet wird. Die Einwände gegen dieses Recht sind also nicht durchschlagend.

Diese Ausführungen dürfen aber keinesfalls dahin verstanden werden, daß das Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitgestaltung den sog. "Werktätigen" vorbehalten sein soll. Zwar hat die Freizeit bei den Selbständigen und den in leitenden Positionen Tätigen insoweit einen anderen "Stellenwert", als sie hier nicht den Schwerpunkt des Lebens ausmacht und nicht das maßgebende Potential zur Selbstentfaltung darstellt. Gleichwohl ist die regelmäßig kürzere [120] Freizeit dieser Schichten unbestreitbar eine - wenn auch nicht alleinige - Möglichkeit zur Persönlichkeitsentfaltung. Ohne ausreichenden Schutz der Freizeit würde diesen Schichten daher eine Persönlichkeitsentfaltung zwar nicht unmöglich gemacht werden, sie würden jedoch in ihrer Entfaltung zumindest behindert und beschränkt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht will die Entfaltung des einzelnen aber möglichst umfassend schützen und gewährleisten. Im übrigen folgt bereits aus dem Prinzip der Gleichbehandlung, daß das Freizeitrecht sich nicht auf besondere Bevölkerungsschichten beschränken darf, denn damit würde einer Klassenjustiz das Wort geredet.

III) Inhalt und Schranken des Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung

Es versteht sich von selbst, daß man die Freizeitsgestaltung des einzelnen nicht gegen jeden Eingriff schützen kann. Das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung bedarf vielmehr ähnlich dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einer besonders sorgfältigen Abgrenzung.

1) Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG

Eine wesentliche Schranke dieses besonderen Persönlichkeitsrechts läßt sich bereits aus dem "Soweit-Satz" des Art. 2 Abs. 1 GG herleiten. Zwar ist sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht wie auch das besondere Recht auf Freizeitsgestaltung nicht den Schranken dieser Verfassungsnorm zu unterwerfen, da sie nur das Über-Unterordnungsverhältnis von Staat und Bürger regeln. [121]

120) Vgl. Schoeck, Kleines Soziologisches Wörterbuch (1969), S. 120; Galbraith, a. a. O. S. 404

121) Eine Schrankenidentität zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verneinen insbesondere: Huber S. 115; Schüle S. 17; Nipperdey IV 2 S. 836, unklar Hubmann S. 181

Es liegt jedoch auf der Hand, daß das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung nicht Verletzungen von materiellen und formellen Normen der der Verfassung entsprechenden Rechtsordnung [122] oder des Sittengesetzes legitimieren will. Das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung erlaubt daher keineswegs den nicht ärztlich verordneten Genuß der in § 1 Opiumsgesetz aufgeführten Rauschgifte, da dieses nach § 3 Opiumsgesetz verboten ist und durch § 10 Opiumsgesetz sogar unter Strafe gestellt wurde. Ebenso wird durch dieses Recht nicht die Ausübung sexueller Perversionen wie Gruppensex oder ähnliches geschützt, da solche Freizeitgestaltungen gegen das Sittengesetz verstoßen.

Ferner grenzen die subjektiven Rechte anderer naturgemäß das Recht auf ungestörte und freie Freizeitsgestaltung ein, so daß das Zelten auf einem fremden Grundstück genau so unzulässig ist wie die Benutzung eines fremden Segelbootes. Diese Einschränkung gilt jedoch nicht für das subjektive Recht des anderen auf ungestörte Freizeitsgestaltung, da auch dessen "Freizeitsrecht" noch einer näheren Abgrenzung bedarf. [123]

2) Das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs

Diese bereits dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht immanenten Schranken reichen aber zur Eingrenzung des Freizeitsgestaltungsrechts nicht aus, will man nicht "zu einer Hemmung des Verkehrslebens, zu einer ungebührlichen Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit und zu einem Übermaß an Prozessen kommen". [124] Denn fast immer ist mit einer Eigentums- oder Vertragsverletzung eine Freizeitsbeeinträchtigung verbunden. Das beim Verkehrsunfall beschädigte Auto muß zur Reparatur gebracht, es muß ein Rechtsanwalt ausgesucht werden etc. Eine Theaterabonnentin bemerkt, daß die Reinigung ihr einziges Abendkleid völlig verfärbt hat und muß daher von dem Besuch der Premiere Abstand nehmen. [125]

Das Gemeinsame an diesen Fällen ist, daß hier die Freizeitsbeeinträchtigung nur mittelbar verursacht wurde. Selbständige Ansprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung können jedoch - wie auch beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht - nur dann entstehen, wenn eine

122) Vgl. BVerfGE (16. 1. 57) S. 33 (38/41); 20, (5. 8. 66) S. 150, 154; BayObLG 28. 10. 60, BayObLG Z 60, S. 418 (429)

123) Vgl. hierzu unten S. 79

124) Hubmann S. 216

125) weitere Beispiele bringt Larenz AP Nr. 7 zu § 249 BGB

Handlung unmittelbar in die Freizeitsgestaltung eingreift. [126] Diese Einschränkung ist beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schon seit langem anerkannt, [127] wenngleich über den Begriff der "Unmittelbarkeit" keine Einigkeit herrscht. Der BGH [128] schlägt vor, den Umfang und die Grenzen, innerhalb der das Recht am Gewerbebetrieb zu schützen ist, gerade durch eine sachgemäße Ausfüllung des Begriffs der "Unmittelbarkeit" des Eingriffs zu ermitteln. Im Ergebnis sieht der BGH einen Eingriff dann als unmittelbar an, wenn er "betriebsbezogen" [129] ist, sich also irgendwie "gegen den Betrieb als solchen richtet. [130] Übernimmt man diese Umschreibungen für die Eingrenzung des Rechtes auf Freizeitgestaltung, so wäre ein Eingriff in dieses Recht immer dann als unmittelbar anzusehen, wenn er sich "gegen die Freizeitsgestaltung als solche" richtet bzw. "freizeitsbezogen" ist. Diese Umschreibungen des Begriffes "Unmittelbarkeit" sind dabei so zu verstehen, daß ein unmittelbarer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf Freizeitsgestaltung nur dann vorliegt, wenn der Schädiger subjektiv oder objektiv einen Eingriff in die Freizeitsgestaltung des anderen bezweckte. Larenz definiert dies für das Recht am Gewerbebetrieb folgendermaßen: "Unmittelbar wäre dann jeder Eingriff in den Gewerbebetrieb, der dessen Einschränkung oder Beeinträchtigung entweder zum Zwecke hatte" (subj. Finalität) "oder mindestens, unter den gegebenen Umständen (- teleologisch -) zum Zwecke haben konnte" [131] (objektive Finalität). Subjektive Finalität liegt dann vor, wenn der Schädiger bewußt in die Freizeitsgestaltung des anderen eingreift. Dies gilt selbst dann, wenn er sich dazu für berechtigt hielt oder der Ansicht war, daß durch seinen Eingriff die Gestaltung einen besseren Verlauf nehmen würde. Es genügt daher, daß der Handelnde weiß, sein Handeln werde die beabsichtigte Freizeitsgestaltung unmöglich machen bzw. ihr einen anderen Verlauf geben.
Objektive Finalität dagegen ist dann gegeben, wenn die Handlung ihrem äuße-

126) So auch Hubmann S. 260 für das Persönlichkeitsrecht auf Integrität des Gefühls- und Seelenlebens. Vgl. auch Stoll, 45. DJT S. 133 ff.: "Es leuchtet ein, daß die Vergütung mittelbarer immaterieller Schäden nicht schlechthin denselben Grundsätzen folgen kann, wie die Vergütung unmittelbarer immaterieller Schäden."

127) Grundlegend RG 27. 2. 04, RGZ 58, 24, 29 f.; BGH 9. 12. 58, BGHZ 29, 65 (72); v. Caemmerer, Wandlungen S. 88 m. w. Rspr. Nachw. auf S. 86 Fn. 153; Enneccerus-Lehmann S. 940; Larenz NJW 56, 1719; weitere Literaturnachweise Hubmann S. 192 Fn. 11

128) BGH 9. 12. 58, BGHZ 29, 65 (74)

129) BGH a. a. O. S. 74

130) BGH a. a. O. S. 72

131) Larenz, NJW 56/1719 ff.

ren Erscheinungsbild nach regelmäßig zur Einwirkung auf die Freizeitsgestaltung des anderen geeignet und bestimmt ist, bzw. wenn ein objektiver Beobachter aus der Handlung des Schädigers schließen muß, daß dieser einen Eingriff in die Freizeitsgestaltung des anderen bezweckt, obgleich beides jeweils nicht der Fall ist. Es scheiden also alle diejenigen Fälle aus, in denen die eingetretene Freizeitbeeinträchtigung "nur die zufällige, rein kausale Folge einer Handlung gewesen ist, die eine solche Schädigung überhaupt nicht zum Zwecke haben konnte", [131] also alle die Handlungen, denen die Richtung auf ein Einwirken auf die Freizeitsgestaltung fehlte. Dabei setzt jedoch weder das Vorliegen einer subjektiven noch das einer objektiven Finalität voraus, daß sich der Schädiger bewußt ist oder bewußt sein müßte, daß sein Handeln sich negativ auf die Freizeitsgestaltung des anderen auswirken wird. Notwendig ist vielmehr allein die (- objektive oder subjektive -) Beziehung der Handlung zur Freizeitsgestaltung als solcher.

Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen:

Ein Onkel hat zwei Neffen, Hugo und Paul. Die beiden wollen ihre Ferien in England verbringen und stehen bereits auf dem Flugplatz. Als nun der Onkel erfährt, daß einer der beiden gerade sein Examen mit einem sehr guten Prädikat bestanden hat, tippt er sofort auf Paul. Aus Anerkennung dafür will er ihn einladen, ihn auf der am nächsten Tag beginnenden Geschäftsreise nach Amerika zu begleiten. Er läßt Paul aus dem Flugzeug rufen und zitiert ihn zu sich. Als Paul ankommt, zeigt sich, daß Hugo das Examen bestanden hat, Paul hingegen durchgefallen ist. Statt der Amerikareise erhält Paul eine gehörige Standpauke. Im zweiten Fall weiß der Onkel zwar, daß Hugo das Examen bestanden hat und will ihn herausrufen lassen. Er verspricht sich jedoch und läßt Paul rufen.

Im ersten Fall wollte der Onkel in die Freizeitsgestaltung des Paul eingreifen, wobei er sein Handeln durch mutmaßliche Einwilligung des Paul für gerechtfertigt hielt. Im zweiten Fall bezweckte er allerdings nicht einen Eingriff in die Freizeitsgestaltung des Paul, ein objektiver Beobachter konnte jedoch aus seiner Handlung nur den Schluß ziehen, daß er einen Eingriff in die Freizeitsgestaltung des Paul bezweckte. In beiden Fällen stellt das Ausrufenlassen des Paul einen unmittelbaren Eingriff in Pauls Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung dar. Da das Handeln des Onkels auch auf Fahrlässigkeit beruhte, kann Paul nach § 823 Abs. 1 BGB vom Onkel den Ersatz seiner inzwischen verfallenen Flugkarte und seiner sonstigen Vermögensschäden verlangen. Ob er darüberhinaus für den entgangenen Urlaubstag noch ein Schmerzensgeld verlangen kann, hängt von den besonderen Umständen dieses Einzelfalls ab. [132]

131) Larenz, NJW 56/1719 ff.

132) Vgl. hierzu unten S. 86

Das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht der Freizeitsgestaltung führt dazu, daß solche Freizeitsbeeinträchtigungen, die lediglich Folge einer Rechts- bzw. Rechtsgutverletzung sind, oder gar lediglich durch die Beeinträchtigung des Rechtes eines anderen verursacht wurden, in der Regel nicht ersetzt werden.

Verabreden sich drei Freunde zu einer Mittelmeerreise und wird der A, der den Wagen fahren sollte, verletzt, so daß die Reise nicht angetreten werden kann, so liegt kein unmittelbarer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf Freizeitsgestaltung der anderen vor. [133] Wird das Auto zu spät geliefert oder kurz vor Antritt der Urlaubsreise beschädigt, so fehlt es ebenfalls an der Unmittelbarkeit der Freizeitsbeeinträchtigung, so daß ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens der Urlaubsvergeudung nicht in Betracht kommt. [134] Es fehlt hier an der erforderlichen subjektiven oder objektiven Finalität des Eingriffs. Die pünktliche Lieferung eines Wagens bzw. die Beschädigung eines Autos sind nämlich nicht regelmäßig zur Einwirkung auf die Freizeitsgestaltung des Geschädigten geeignet und bestimmt, so daß in diesen Fällen der schädigenden Handlung die Richtung auf die Freizeitsgestaltung fehlte.

Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß in einer Sachbeschädigung, der Verletzung eines anderen etc. zugleich auch ein unmittelbarer Eingriff in das Recht auf Freizeitsgestaltung des anderen liegen kann. Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Schädiger die Gesundheit des Fahrers bzw. das Auto beschädigt, um die Urlaubsreise zu verhindern. Hier liegt neben der Körperverletzung des einen zugleich ein unmittelbarer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Mitfahrers vor. Da subjektive Finalität vorliegt, ist die Handlung freizeitsbezogen, sie richtet sich gegen die Freizeitsgestaltung als solche.

Ein unmittelbarer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf Freizeitsgestaltung kann - bei Vorliegen einer Garantenstellung - auch in einem Unterlassen liegen. Dies widerspricht nicht den obigen Ausführungen, wo festgestellt wurde, daß aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht keine positiven Handlungs- und Unterstützungspflichten hergeleitet werden können, sondern nur Eingriffsverbote und Unterlassungspflichten. [135] Die Pflicht zum Handeln ergibt sich hier nicht aus dem Recht auf Freizeitsgestaltung, sondern aus der Garantenstellung, die aus Gesetz, Vertrag, vorangegangenem gefährdendem Tun und ähnlichem her-

---

133) Vgl. Bydlinski Jur. Bl. 65 S. 246 f. Zum Ersatzanspruch des A für seine Freizeitsbeeinträchtigung vgl. unten S. 83

134) Insoweit kann daher dem Urteil des LG Hamburg VersR 69 S. 1197 (23. 2. 68) nicht zugestimmt werden

135) Vgl. oben S. 50

zuleiten ist. Mit solch einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf Freizeitsgestaltung durch Unterlassen haben wir es in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Spanienreisefall zu tun. [136]

Der Kläger hatte mit dem Beklagten einen Mietvertrag über einen Ferienbungalow in Spanien abgeschlossen. Dieser Vertrag war spezifisch und für beide Parteien offensichtlich zur Ermöglichung einer speziellen Freizeitsgestaltung geschlossen worden. Da alleiniger Vertragszweck die Ermöglichung des Urlaubs in Barcelona war, hatte somit der Beklagte aus dem Vertrag eine Garantenstellung bezüglich dieser Freizeitsgestaltung übernommen. Seine Garantenpflicht bestand in der Überlassung des Bungalows. Indem der Beklagte dieses verweigerte, verletzte er das Persönlichkeitsrecht des Klägers durch Unterlassen. Dem Beklagten war auch klar, daß seine Verweigerung notgedrungen die Urlaubspläne des Klägers durchkreuzen würde, so daß die Vertragsverletzung sich notwendig gegen die Freizeitsgestaltung als solche richtete, die Unmittelbarkeit des Eingriffs (durch Unterlassen) also zu bejahen ist.

Der Einwand, daß die privatrechtlichen Sanktionen durch das gegebene Privatrecht grundsätzlich abschließend geregelt seien und die Nebenfolge der Freizeitsbeeinträchtigung durch den Schadensersatzanspruch für das primär verletzte Interesse als mit abgegolten zu betrachten sei, [137] ist nicht durchschlagend. In der Schweiz ist seit langem anerkannt, daß in einer Vertragsverletzung zugleich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Vertragspartners liegen kann. [138] Voraussetzung ist, daß "die Vertragsverletzung den Vertragspartner so stark in seinen persönlichen Verhältnissen trifft, daß sich über das Vertragsrecht hinaus ein zusätzlicher Schutz wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufdrängt". [139] So liegt es jedoch bei Verletzungen von Verträgen, die offensichtlich und ausschließlich eine Freizeitsgestaltung

136) NJW 67 S. 1372 (17. 2. 67)

137) So wohl Hubmann S. 260

138) Grundlegend Hochstrasser, Die Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung, Diss. Zürich 1926 S. 5 ff.; Egger ZGB-Komm. 1 Art. 28 Rd. 17. Vgl. auch BGE 87 II S. 146, (2. 5. 61); vgl. ferner für Deutschland Stoll, 45. DJT S. 148 und Heldrich JuS 69/455(461), der ebenfalls neben einer Vertragsverletzung die Verletzung eines besonderen Persönlichkeitsrechts (auf Familienplanung) bejahte.

139) Müller S. 61; vgl. auch Urt. des Schweizer Bundesgerichts v. 2. Mai 1961, BGE 87 II S. 146: "Für S bedeutete das Verhalten der Beklagten nicht bloß das Ausbleiben einer Vertragserfüllung, wie sie im Geschäftsleben etwa vorkommt, sondern dieses Verhalten wirkte sich bei ihm als eigentliche Verletzung in den persönlichen Verhältnissen von besonderer Schwere aus."

zum Inhalt haben wie in dem Bungalow-Fall. Leistungspflicht des Vermieters war es hier gerade, das persönliche Rechtsgut auf Freizeitsgestaltung des Mieters zu schützen bzw. dieses immaterielle Interesse in sonstiger Weise zu fördern. Die eigentliche Beeinträchtigung des Klägers lag nicht so sehr in der Tatsache, daß er nicht den angemieteten Bungalow beziehen konnte, sondern daß dadurch seine Urlaubspläne durchkreuzt wurden, also in seinem immateriellen Schaden. [140]

Es läßt sich daher sagen, daß Verträge, deren Inhalt ausschließlich eine konkrete Freizeitgestaltung ermöglichen soll, eine Garantenstellung bezüglich des Persönlichkeitsrechts auf Freizeitgestaltung des Vertragspartners begründen, mit der Garantenpflicht den Vertrag zu erfüllen. In diesen Fällen stellt die Vertragsverletzung einen unmittelbaren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf Freizeitgestaltung dar; denn in diesen Fällen richtet sich die Vertragsverletzung notgedrungen und offensichtlich gegen die Freizeitgestaltung als solche. Die ordnungsgemäße Erfüllung wie aber auch die Nichterfüllung eines solchen Vertrages wirken automatisch auf die Freizeitsgestaltung des Vertragspartners ein, so daß stets eine objektive Beziehung zwischen der (schädigenden) Handlung und der Freizeitsgestaltung besteht, die Verletzung also zumindest objektiv (teleologisch) die Richtung auf diese Beeinträchtigung hat. [141]

Diese Anerkennung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Unterlassen steht mit der Schweizerischen Rechtsprechung im Einklang. Zwar hatte diese es abgelehnt, die Voraussetzungen des Art. 49 OR zu mildern, wenn ein Auftrag, der ausschließlich zur Wahrung eines Affektionsinteresses erteilt worden war, nicht erfüllt wurde. [142] Ein Advokat hatte den Auftrag erhalten, die mit einer angemessenen Entschädigung verbundene Enteignung eines Grund-

140) Vgl. auch Stoll S. 148 f.

141) Selbstverständlich sind auch offensichtlich fahrlässige Verletzungen der aus dem Vertrag herrührenden Garantenpflicht als unmittelbarer Eingriff in das Freizeitsrecht des Geschädigten anzusehen. Auch hier ist nämlich dem objektiven Beobachter klar erkennbar, daß die fahrlässige Vertragsverletzung sich notwendig gegen die Freizeitsgestaltung des anderen richten wird, sie also die Richtung auf die Freizeitsgestaltung des anderen hat.

142) Vgl. BG (Schweiz) Urt. v. 13. 11. 61, BGE 87 II S. 290 (292): "Ce faisant, on pratiquerait une brèche dans le système parfaitement cohérent de la responsabilité civile et on ouvrirait la porte à une casuistique qui permettrait peut-être des solutions plus équitables dans quelques cas particuliers mais qui créerait l'incertitude et inciterait à réclamations pour des atteintes minimes. Or c'est précisément ce que le législateur a voulu éviter. "

stückes zu verhindern. Diesen Antrag erfüllte er wegen leichten Verschuldens nicht. Die durchgeführte Enteignung verursachte bei der Klägerin wegen der Entschädigung zwar keinen Vermögensschaden, sie verlangte vom Anwalt aber Schmerzensgeld, weil er die Enteignung gerade zur Wahrung ihres Affektionsinteresses an dem Grundstück verhindern sollte.

Das Gericht wies die Klage mangels schweren Verschuldens des Anwaltes ab (vgl. Art. 49 OR) und führte aus, daß auch bei Verletzungen von Verträgen, die ausschließlich auf die Wahrung eines Affektionsinteresses gerichtet seien, die Zubilligung eines Schmerzensgeldes von den Voraussetzungen des Art. 49 OR abhinge. Auch in diesen Fällen sei daher ein schweres Verschulden erforderlich. Das Gericht lehnte den Schmerzensgeldanspruch also nicht deshalb ab, weil in der Vertragsverletzung nicht zugleich eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse der Klägerin liegen könne, diese Möglichkeit bejahte das Bundesgericht vielmehr.
Die Entscheidung widerspricht daher nicht unserem Ergebnis, daß in der Vertragsverletzung des Bungalow-Vermieters zugleich eine Verletzung des Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung zu sehen ist, sondern bestätigt es sogar. [143]

3) Die Abgrenzung aus dem Gemeinschaftsprinzip

Eine weitere Einschränkung des Persönlichkeitsrechtes auf Freizeitgestaltung ergibt sich aus den Erfordernissen des menschlichen Zusammenlebens. Der Mensch ist als Einzelwesen nicht existenzfähig. Er ist in die Gemeinschaft eingebettet. Das Leben in einer Gemeinschaft ist aber gerade im Zeitalter des Massenverkehrs und der Zusammenballung von Menschen notwendig mit Beeinträchtigungen im allgemeinen und mit Freizeitbeeinträchtigungen im besonderen verbunden. Die Persönlichkeit muß sich die Beschränkungen ihrer Interessen gefallen lassen, die sich aus den Erfordernissen des Gemeinschaftslebens nach unserer Kulturauffassung ergeben. [144] Hierbei handelt es sich "um solche Beeinträchtigungen, die nach ihrem Ausmaß von geringer Bedeutung sind und wegen ihrer Häufigkeit na-

143) Zu der Frage, ob der Kläger auch Ersatz seines immateriellen Schadens verlangen kann, vgl. unten S. 86 u. 90

144) BVerfGE (20. 7. 54) 4 S. 7 (16); 7, 198 (220); (15. 1. 58); Hamel, Die Bedeutung S. 30 ff.; Hubmann S. 158 und JZ 62, 121, 122; vgl. auch § 12 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes BT Drucksache III Nr. 1237 v. 18. 8. 59: "Beeinträchtigungen, die nach verständiger Auffassung im menschlichen Zusammenleben hinzunehmen sind, bleiben außer Betracht."

mentlich unter den heutigen Verhältnissen, im Gedränge des Verkehrs, bei der Zusammenballung von Menschen in den Städten oder aus sonstigen Gründen sozialer Bindung hingenommen werden müssen, ohne daß daraus Rechtsfolgen hergeleitet werden können", [145]

Diese Einschränkung gilt für das allgemeine Persönlichkeitsrecht und demzufolge auch für das besondere Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung. "Sie ist Ausfluß der sozialen Bindung, der das allgemeine Persönlichkeitsrecht wie alle subjektiven Rechte unterliegt, " [146] Freizeitbeeinträchtigungen, die durch das Gemeinschaftsprinzip gedeckt sind, stellen schon tatbestandsmäßig keine Verletzung des Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung dar. Das Recht beginnt erst jenseits dieser Grenze. Bei der Frage, ob ein Eingriff in die Freizeitsgestaltung überhaupt als Verletzungshandlung angesehen werden kann, ist daher das Interesse des einzelnen an der Freizeitsgestaltung den Interessen der Gemeinschaft auf der anderen Seite gegenüberzustellen. Es handelt sich insoweit um eine "tatbestandsbestimmende Interessenabwägung", [147] wobei jedoch die Bewertung der einzelnen Interessen nur "nach objektiven Maßstäben vorgenommen werden kann, die aus einer Analyse der Rechtsordnung allgemein für den betreffenden Lebensbereich zu gewinnen sind". [148] Der konkrete Eingriff, der vielleicht subjektiv vom Betroffenen als erhebliche Freizeitsbeeinträchtigung angesehen wird, muß daher auch objektiv als ein solcher anzusehen sein. [149] Erst dann nämlich ist der Inhalt des Persönlichkeitsrechts auf Freizeitgestaltung genügend überschaubar und voraus berechenbar. [150]

Wenn für eine Tageskreuzfahrt auf einem Schiff nur noch 2 Karten zu haben sind und jemand durch einen Vordrängenden an dem Kauf einer Karte und damit an der Teilnahme am Fest gehindert wird, so wird dieser dadurch zwar in seiner Freizeitsgestaltung beeinträchtigt, sein Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung wird dadurch aber nicht berührt. [151] Das gleiche gilt, wenn ein Bau-

---

145) Vgl. Begründung zum Referentenentwurf 59 in Ufita 29 (1959) 60

146) Hubmann S. 158

147) Zu den Grundsätzen der Interessenabwägung vgl. Hubmann S. 159 ff.; ders. AcP 155 (1956) S. 85 ff.; ders. JZ 57 S. 521 ff. u. JZ 62, 121, 122

148) OLG München 7. 8. 58, NJW 59, 388 f.

149) Hubmann JZ 62 S. 121, 122; vgl. auch oben S. 9 u. 71

150) OLG München ebenda

151) So im Ergebnis auch Neumann-Duesberg NJW 57, S. 1342, 1343. Durch das Ergebnis wird auch nicht das Vordrängen - in der Tat eine offenbare Unsitte - als sozialadäquat und daher als erlaubt angesehen, wie Larenz, SchR, bes. Teil 4. Aufl. 1960 S. 354 meint. Aus den Erfordernissen des menschlichen Zusammenlebens ergibt sich vielmehr, daß solche Unsitten

arbeiter den Verkehr anhält, um einem Baustellenfahrzeug ein viertelstündiges Rangieren auf der Straße zu ermöglichen, [152] oder ein Theaterbesucher den Genuß der Aufführung durch ständiges Rascheln, Reden und Husten verleidet. Auch in der sonntäglichen Ruhestörung durch die lärmenden Nachbarskinder liegt noch kein Eingriff in das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung. [153] Bei der tatbestandlichen Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und dem Gemeinschaftsprinzip lassen sich im letzten Beispiel vielmehr die Bestimmungen der §§ 906 ff. BGB ergänzend heranziehen, denen im Rahmen der Eigentumsbeschränkung der gleiche Gedanke zugrunde liegt wie dem Gemeinschaftsprinzip bei der Einschränkung des Persönlichkeitsrechts. [154] Letztlich führt die Einschränkung des Rechtes auf ungestörte Freizeitgestaltung durch die Erfordernisse des menschlichen Zusammenlebens dazu, daß dieses Recht nur vor qualitativ oder quantitativ erheblichen Freizeitbeeinträchtigungen geschützt wird.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß eine tatbestandsmäßige Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf ungestörte Freizeitsgestaltung dann vorliegt, wenn unmittelbar in eine Freizeitsgestaltung, die nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung, das Sittengesetz oder Rechte Dritter verstieß, eingegriffen wird und die dadurch erfolgte Beeinträchtigung nicht aufgrund des Gemeinschaftslebens hingenommen werden muß. Ob eine Freizeitsbeeinträchtigung aufgrund des Gemeinschaftslebens hingenommen werden muß, ist mittels einer Interessenabwägung zu ermitteln, wobei die Interessen nach objektiven Maßstäben bewertet werden müssen. Im Ergebnis werden in der Regel nur quantitativ oder qualitativ erhebliche Freizeitsbeeinträchtigungen das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung verletzen.

Fortsetzung Fn. 151)

- sanktionslos - hingenommen werden müssen. Erst wenn das Zurückdrängen sich zum rechtswidrigen Angriff verstärkt, "tritt das Persönlichkeitsrecht des Notwehr auf den Plan" (Neumann-Duesberg ebenda).

152) In diesem Fall liegt allerdings auch eine Beeinträchtigung der Freizeit iSd § 823 Abs. 1 (körperliche Bewegungsfreiheit)vor. Vgl. Hubmann S. 145 Fn. 20

153) Auch in der Zuführung von Lärm und Gerüchen kann eine Persönlichkeitsverletzung liegen, so daß § 823 Abs. 1 BGB ergänzend neben die §§ 906 ff. BGB tritt (vgl. Hubmann S. 259 Fn. 16). Eine solche wäre z. B. in dem vom BGH 16. 4. 54, JZ 54 S. 613 entschiedenen Fall zu bejahen.

154) Vgl. Reg. Entw. 59, Ufita 29 (1959) S. 39/60. Daß § 906 BGB auf dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis beruht, ist weitgehend anerkannt, vgl. Westermann, Sachenrecht § 63 I 2 m. w. N.

4) Güter- und Interessenabwägung

Mit der Feststellung, daß eine tatbestandsmäßige Verletzung des Rechtes auf Freizeitsgestaltung vorliegt, ist aber noch nichts über die Rechtswidrigkeit dieser Verletzung ausgesagt. Im Gegensatz zu den übrigen in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten und Rechtsgütern indiziert eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes und damit auch des besonderen Persönlichkeitsrechtes auf Freizeitsgestaltung nicht die Rechtswidrigkeit. Wie bei jeder deliktischen Generalklausel [155] handelt es sich bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht wie auch bei dem besonderen Freizeitsrecht um sog. offene Tatbestände, d. h. die Rechtswidrigkeit der Verletzung muß gesondert festgestellt werden. [156] Hierbei gilt wie bei den geschlossenen Tatbeständen zunächst, daß anerkannte Rechtfertigungsgründe wie Notwehr, Notstand, Selbsthilfe die Rechtswidrigkeit ausschließen. [157]

Hat z. B. ein Hotelier Personen, die wegen Lawinengefahr evakuiert wurden, in einen vermieteten Bungalow eingewiesen und telegraphiert er dem Mieter deshalb kurzfristig ab, so ist dieser Eingriff in dessen Persönlichkeitsrecht auf Freizeitsgestaltung durch Notstand gerechtfertigt.

Erfolgt ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf Freizeitsgestaltung ohne anerkannten Rechtfertigungsgrund, so ist die Rechtswidrigkeit des Eingriffs mittels einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung zu ermitteln. Diese Interessenabwägung ist deshalb notwendig, weil häufig das Recht des Verletzten auf ungestörte Freizeitsgestaltung mit dem gleichen oder einem anderen Persönlichkeitsrecht des anderen kollidieren wird. Findet z. B. eine Anzahl Sporttaucher im Mittelmeer ihr größtes Vergnügen darin, tagtäglich die harpunierten Fische, Seesterne etc. an der Luft zu trocknen bzw. zu dörren und verbreitet dies einen unerträglichen Gestank, so kollidiert das Recht der Sporttaucher auf freie Freizeitsgestaltung mit dem der übrigen Badegäste. Zur Beantwortung der Frage, ob die Badegäste diesen Gestank dulden müssen, oder wegen Verletzung ihres Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung einen Unterlassungsanspruch haben, sind die Interessen der beiden Parteien abzuwägen. Es ist dabei zunächst festzustellen, welchen Umfang und welche Intensität der Gestank hat, also die Qualität des Eingriffs. [158] Ferner ist zu beachten, um wieviel Sporttaucher

155) v. Caemmerer, Wandlungen S. 112. Dies gilt z. B. auch beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Vgl. auch § 240 StGB.

156) Vgl. BGHZ 24 S. 72, 78 (2. 4. 57) (Facharzt)

157) Die ausdrückliche und die stillschweigende Zustimmung des Verletzten wird i. d. R. bereits zur Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit führen.

158) Vgl. Hubmann S. 165

und um wieviel Badegäste es sich handelt. Einer Interessenhäufung auf der einen Seite kommt wertverstärkende Bedeutung zu.[159] Handelt es sich um eine einsame Küste, die normalerweise weder von Badegästen noch von Sporttauchern besucht wird, wird man fragen müssen, wer zuerst dort war.[160] Weiter ist zu berücksichtigen, ob die Taucher oder Badegäste durch Ausweichen auf einen anderen Platz ihre Interessen ohne Verletzung der Interessen der anderen verfolgen können.[161] Je nach den konkreten Umständen wird man den einen oder anderen Interessen den Vorzug geben und damit die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs in das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung der Badegäste bejahen oder verneinen. Das Beispiel zeigt bereits, daß eine Interessenabwägung von Fall zu Fall erfolgen muß, wobei die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.[162] Nur aus ihnen kann durch eine sorgfältige Analyse festgestellt werden, welche Interessen auf beiden Seiten berührt sind und welche Gewicht ihnen zukommt.[163]

Bei der Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall ist ferner zu berücksichtigen, daß gewisse Eingriffe in das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung, die wegen ihrer Erheblichkeit und Bedeutsamkeit nicht schon aus dem Gemeinschaftsprinzip hinzunehmen sind, nach unserer Kulturauffassung[164] bzw. "innerhalb der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Zusammenlebens"[165] als rechtmäßig angesehen werden.

Ein Beispiel ist die Beschränkung der außervertraglichen Haftung für Ratschläge,

---

159) Hubmann ebenda

160) Zur wertverstärkenden Wirkung des Prioritätsprinzips vgl. Hubmann S. 165 u. S. 183 Fn. 44

161) Hubmann S. 169

162) BVerfG 15. 1. 58, BVerfGE 7, 198 (211); 5. 8. 66, BVerfGE 20, 150 (177 f.); BGH 28. 11. 52, BGHZ 8, 142 (145); 2. 4. 57, BGHZ 24, 72 (80)

163) Hubmann a. a. O. S. 161; Nipperdey, Grundrechte IV, 2 S. 835

164) Hubmann S. 183

165) Nipperdey a. a. O. S. 835 u. NJW 57, 1777 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 209 ff. Gegen die Anerkennung der Sozialadäquanz als besondere allgemeine Voraussetzung der Rechtswidrigkeit s. Enneccerus-Lehmann § 231 III 6 (S. 933); Larenz NJW 55, 523 u. SchR II § 66 I c; Hubmann a. a. O. S. 145 ff. u. JZ 57, 521, 523, diese Autoren wollen die Sozialadäquanz allenfalls als besonderen Rechtfertigungsgrund anerkennen (vgl. auch BGH (GSZ) 4. 3. 57, BGHZ 24, 21). Der Meinungsstreit kann hier auf sich beruhen, da die Sozialadäquanz bei den Rahmenrechten stets und unstreitig bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit berücksichtigt werden muß.

Auskünfte und unrichtige Mitteilungen auf vorsätzliche Handlungen.[166] "Nach unserer Kulturauffassung wird die Freiheit der Willensbildung und damit auch das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung nicht durch unrichtige Ratschläge, Mitteilungen oder Überredung verletzt."[167] Der Empfänger eines Rates oder einer Auskunft darf sich nicht auf die Sorgfalt des anderen verlassen, sondern hat vielmehr selbst Nachforschungen anzustellen.[168] Bei unrichtigen Mitteilungen etc. fehlt es an der Widerrechtlichkeit.[169] Ein Beispiel möge dieses verdeutlichen. Nehmen wir an, daß das in Spanien seinen Urlaub verbringende Ehepaar A von dem nachgereisten B erfährt, daß der Sohn A nach einem Autounfall schwerverletzt in ein Krankenhaus eingeliefert oder ihr Haus abgebrannt sei. Das Ehepaar reist daraufhin überstürzt ab, um zu Hause feststellen zu müssen, daß es sich um das Haus des Nachbarn bzw. um einen Schulkameraden ihres Sohnes handelte. Selbst wenn dem B die Unrichtigkeit seiner Mitteilung grobfahrlässig verborgen geblieben ist, kann das Ehepaar A seinen immateriellen wie materiellen Schaden nicht bei B liquidieren.[170] Eine Haftung des B wäre vielmehr nur bei arglistigem Verhalten zu bejahen. In dem Fall könnte das Ehepaar A seinen materiellen Schaden nach § 826 BGB und § 823 Abs. 1 BGB und seinen immateriellen Schaden nach § 823 Abs. 1 BGB und § 847 BGB wegen Ver-

---

166) Vgl. v. Caemmerer, Wandlungen S. 114 ff. mit Bezug auf das französische und angloamerikanische Recht

167) Hubmann S. 183. Dieser will allerdings die Beschränkung für diese Haftung bereits mittels des Gemeinschaftsprinzips im Tatbestand vornehmen. Im Hinblick auf die massiven (Freizeits-) Beeinträchtigungen, die durch solche Hinweise verursacht werden können, erscheint es jedoch richtiger, den Tatbestand einer Persönlichkeitsverletzung als erfüllt anzusehen und eine Haftung an der fehlenden Widerrechtlichkeit der Handlung scheitern zu lassen. Dies empfiehlt sich vor allem deshalb, weil die Beschränkung der Haftung für diese Fälle auch für die sonstigen in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter wie z. B. der Gesundheit gilt. Empfiehlt ein Arzt anläßlich einer Party einem ihm unbekannten Gast eine Reise in die Hochalpen und stellt sich dies nachher wegen der besonderen Konstitution des Gastes als sehr schädlich heraus, so haftet der Arzt nicht für die im Urlaub erlittene Gesundheitsstörung.

168) Im Gesetz findet dieser Gedanke in § 676 BGB seinen Niederschlag.

169) v. Caemmerer a. a. O. S. 114

170) Die Unmittelbarkeit des Eingriffs wäre allerdings zu bejahen, denn die Mitteilung des B war eindeutig darauf gerichtet, die Eheleute zur Heimreise zu veranlassen.

letzung ihres Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung ersetzt verlangen. [171]

Auch in den Fällen der Erhebung einer unbegründeten Klage liegt nur dann ein rechtswidriger Eingriff in das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung vor, wenn es sich um eine "bösliche Klageerhebung" [172] handelt. Zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte ist die Klage das Mittel, "das im Rechtsstaat gerade für die Entscheidung und Entwirrung von Streitigkeiten gegeben ist". [173] Jeder kann sich dieses Mittels bedienen ohne eine Schadensersatzverpflichtung allein deshalb befürchten zu müssen, weil er hätte erkennen müssen, daß sein Rechtsstandpunkt unrichtig ist. [174] Nur wenn der Kläger einen Prozeß anstrebt, obgleich er die Unbegründetheit seines Anspruchs kennt, macht er sich nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig. [175] Ist der Prozeß für den Beklagten klar erkennbar mit großem Zeitaufwand verbunden, so kann dieser seinen Schadensersatzanspruch auch auf § 823 Abs. 1 BGB und § 847 BGB stützen.

Eine Güter- und Interessenabwägung kann daher schon bei der Prüfung der Widerrechtlichkeit das Verhalten des Schädigers zu berücksichtigen haben. [176] Sie kann dabei durchaus zu dem Ergebnis gelangen, daß die konkret vorliegende Freizeitsbeeinträchtigung nach unserer Kulturauffassung nur bei vorsätzlichem Handeln einen widerrechtlichen Eingriff in das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung darstellt. So wird sich niemand gegen die Störungen der Nachtruhe, die ihm gelegentlich von Hausgenossen verursacht werden, wehren können, dagegen braucht er systematische Schikane nicht zu erdulden. [177]

---

171) Hubmann S. 183: "Die Freiheit der Willensbildung wird nur durch Täuschung, Drohung und Gewalt verletzt."

172) v. Caemmerer a. a. O. S. 98 und 113 mit Hinweis auf die französische und angloamerikanische Rechtsprechung. Vgl. auch § 61 Abs. 1 S. 2 ArbGG

173) BGH 7. 3. 56, BGHZ 20, 170 (171)

174) Die Befürchtung von Larenz, AP Nr. 7 zu § 249 BGB, daß bei Einordnung von Freizeitsverlusten unter die Vermögensschäden die obsiegende Prozeßpartei stets zugleich einen Schadensersatzanspruch für die durch den Prozeß beeinträchtigte Freizeit geltend machen würde, ist bei der hier vertretenen Lösung daher unbegründet.

175) v. Caemmerer a. a. O. S. 98

176) Zu den Bewertungsprinzipien des menschlichen Verhaltens vgl. BGH 10. 5. 57, BGHZ 24, 200(208) (Spätheimkehrer); 20. 5. 58, BGHZ 27, 284 (Tonbandaufnahme); Hubmann a. a. O. S. 167 ff. u. AcP 166 (1956) S. 115 f.

177) Hubmann, Persönlichkeitsrecht S. 261

IV. Schutz des Persönlichkeitsrechtes

1) Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

Ist nach einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung die Rechtswidrigkeit des unmittelbaren Eingriffs in das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung festgestellt worden, so hat der Geschädigte einen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch, wenn die Gefahr einer weiteren Beeinträchtigung besteht. Da es sich auch bei dem Recht auf Freizeitsgestaltung um ein absolutes Recht handelt, bestehen diese Ansprüche bereits bei objektiver Rechtswidrigkeit, ohne daß Verschulden vorzuliegen braucht. [178] Der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ist im Wege einer Rechtsanalogie zu den §§ 12, 1004, 1227 BGB auf sämtliche absoluten Rechte und Rechtsgüter auszudehnen. [179]

2) Schadensersatzanspruch

Ist das Recht auf ungestörte Freizeitsgestaltung widerrechtlich und schuldhaft verletzt worden, so hat der Geschädigte nach § 823 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB geht dieser grundsätzlich auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, auf Naturalrestitution. [180] Statt der Naturalrestitution kann der Geschädigte im Falle der Verletzung seiner Person den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen. Dieses Wahlrecht gilt jedoch - wie bereits ausgeführt - bei sämtlichen immateriellen Schäden. [181]

Nach § 251 BGB kann der Geschädigte auch bei Verletzung seines immateriellen Rechtsgutes auf ungestörte Freizeitsgestaltung Entschädigung in Geld verlangen, soweit Naturalrestitution nicht ausreichend oder nicht möglich ist. Dies gilt nach § 253 BGB zunächst aber nur für Vermögensschäden. Bei der Verletzung des Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung können diese beispielsweise in der vergeblichen Anreise nach Spanien, [182] der verfallenen Flugkarte [183] wie

178) RGZ 49, S. 36; 77 S. 218; Palandt-Gramm, Einführung vor § 823 Anm. 8a

179) Vgl. im einzelnen Hubmann S. 356 ff.

180) Vgl. hierzu oben S. 10 ff.

181) Siehe oben S. 16 ff.
Staudinger-Werner (§ 249 Rdn. 15) sieht in der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Verletzung einer Person i. S. d. § 249 S. 2 BGB

182) OLG Frankfurt 17. 2. 67, NJW 67, 1372. In diesem Fall hatte der Vermieter durch den Abschluß des Mietvertrages einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Erst daraufhin fuhr der Kläger mit seiner Familie nach Spanien (vgl. oben S. 34).

auch in den Taxikosten des Neffen für die Fahrt vom Flugplatz zum Onkel [184] liegen.

Würde man jedoch bei Verletzung des Freizeitsgestaltungsrechtes die Schadensersatzverpflichtung auf Vermögensschäden beschränken, so wäre der Schutz dieses Persönlichkeitsrechtes wirkungslos. Auch bei diesem Persönlichkeitsrecht sind nämlich gerade solche ideellen Schäden typisch, die nicht durch Naturalrestitution beseitigt werden können. [185] Es ist daher auch bei Verletzungen des besonderen Persönlichkeitsrechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens anzuerkennen. Daß die Zurückdrängung des § 253 BGB durch die "richterliche Gesetzeskorrektur" [186] des BGH aufgrund der neuen verfassungsrechtlichen Lage legitim ist, wurde bereits oben ausgeführt. [187] Obgleich diese Rechtsprechung in der Literatur sehr viel Zustimmung gefunden hat [188] wird man allerdings in Anbetracht der zahlreichen Gegenstimmen [189] noch nicht von der Bildung eines Gewohnheitsrechtes ausgehen können. [190] Der BGH billigt einen Anspruch auf Ersatz des imma-

---

Fn. 183) zu Seite 83

Vgl. oben S. 72 f.; der Schaden liegt darin, daß durch den Eingriff des Onkels der Anspruch des Paul gegen die Fluggesellschaft untergegangen ist (vgl. auch Mertens, Vermögensschaden S. 154; Wiese a. a. O. S. 30).

184) Vgl. oben S. 72

185) Vgl. oben S. 10 ff.; BGH 14. 2. 58, BGHZ 26, 349 (354) (Herrenreiter); Wiese a. a. O. S. 40

186) Larenz SchR II § 66 I 6

187) Vgl. oben S. 48 ff.

188) Nipperdey, Grundrechte II, 1 S. 1 (46); IV 2 S. 741 (858 f.); Rötelmann NJW 64, 1458; Krüger-Nieland 45. DJT II C S. 32; Hubmann S. 351; Stoll S. 61; Coing JZ 58, S. 558; Wiese S. 37 ff.; H. Kaufmann JuS 63, 373, 375; vgl. die zahlreichen Nachweise bei Wiese S. 125 Fn. 37

189) So Larenz SchR II § 66 I 6; Bötticher AcP 158 S. 385, 400 ff. u. MDR 63, 353; P. Hartmann NJW 64, S. 12; Loeffler NJW 62 S. 225; E. Kaufmann AcP 162 S. 421; Lieberwirth S. 44; Raiser, Verhandlungen des 46. DJT II (1967) B S. 21; Flume in Verhandlungen des 46. DJT Bd. II N (1967) K S. 6 ff. jeweils m. w. N. Vgl. auch die Nachweise bei Wiese S. 38 Fn. 127

190) Zu den Voraussetzungen zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechts vgl. Larenz, Methodenlehre S. 338 ff. (408); Engisch, Einführung S. 44, 177 Fn. 243 d; vgl. aber auch Esser "Festschrift v. Hippel" S. 95 (118), der überzeugend darlegt, daß von der Kategorie des Gewohnheitsrechts die regelbildende Kraft der höchstrichterlichen Praxis nicht erfaßt wird, sondern das Richterrecht vielmehr als wesensnotwendiger Teil des Gesetzesrechts anzusehen sei.

teriellen Schaden allerdings nur dann zu, wenn die Verletzung nach den Umständen als schwer anzusehen ist, wenn insbesondere die Schwere der Verletzung oder des Verschuldens eine solche Genugtuung erfordert.[191] Ferner versagt er diese Entschädigung, soweit eine Herstellung iSd § 249 BGB möglich und zur Entschädigung des Verletzten genügend ist oder soweit dem Verletzten Genugtuung in anderer Weise als durch Geld gewährt werden kann,[192] und praktiziert die Regelung des § 847 des Ref. Ent. 67 bereits als geltendes Recht. Wiese hält diese Einschränkung zwar im Prinzip für begrüßenswert,[194] hält sie jedoch de lege lata nicht für möglich.[195] Dem läßt sich vor allem entgegenhalten, daß geringere immaterielle Schäden kaum einzuschätzen und objektiv kaum erfaßbar sind und daher schon aus Gründen der Praktikabilität der Rechtsordnung nur schwere, nachhaltige Schäden immaterieller Art zu ersetzen sein sollten.[196]

Weiter muß der Gefahr vorgebeugt werden, daß die einzelnen Persönlichkeitsrechte, die gerade aus der Würde des Menschen hergeleitet werden, durch ihre Verkommerzialisierung bei geringfügigen Schäden abgewertet werden.[197] Als

---

191) BGH 15. 1. 65, NJW 65, 1374 (1375) (satter Deutscher); 13. 7. 65, NJW 65, 1803; 19. 9. 61, BGHZ 35, 363 (368 f.) (Ginseng); w. N. bei Hubmann S. 353 Fn. 21

192) Vgl. BGH 13. 3. 70 NJW 70/1077 m. w. N.

193) Vgl. Gutachten Max-Planck S. 28 ff.

194) Wiese S. 52 ff.

195) a. a. O. S. 49

196) Vgl. Stoll a. a. O. S. 144. Vgl. auch Bydlinski JBl. 65 S. 243: "Wer für reinen Gefühlsschaden Ersatz zuspricht, kann kaum je mit wirklicher Sicherheit sagen, das überhaupt, also schon dem Grunde nach, ein Schaden wirklich vorliegt! Wirklicher Seelenschmerz und Heuchelei - und wie würde diese blühen, - wo Geld winkt! - werden praktisch in vielen Fällen einfach nicht zu unterscheiden sein ... Wenn eine Rechtsordnung also jene Unsicherheit berücksichtigt und - von Erwägungen über die Rangfolge der Persönlichkeitsgüter unabhängig - den äußeren Personenschaden weitergehend berücksichtigt, dagegen den reinen Gefühlsschaden mit all seiner Unsicherheit und mangelnder Vergleichbarkeit stärker einschränkt und nur in wirklich schwerwiegenden Fällen zuspricht, so ist das schon aus Gründen der Praktikabilität bis zu einem gewissen Grad durchaus vertretbar."

197) Vgl. hierzu Nörr AcP 158 S. 2 ff. u. Bydlinski a. a. O. S. 243 "Eine Rechtsordnung, die tatsächlich - im Ergebnis nach den Vorschlägen Strassers und Wieses - für jede geringfügige Verletzung der Persönlichkeit, daher auch für jeden Gefühlsschaden, bei jedem geringfügigen Verschulden des Gegners Geldersatz verheißt, könnte geradezu eine "Rentenneurose" größ-

letztes schließlich ist mit Hubmann [198] darauf hinzuweisen, "daß Art. 1 und 2 GG mit ihrem Gebot der Achtung der Menschenwürde und der Persönlichkeit, auf die Natur der Persönlichkeitsgüter verweisen und eine Differenzierung nach deren Art und der Schwere des Eingriffs nicht nur zulassen, sondern sogar fordern."

Ähnlich wie es Art. 49 OR für die Schweiz verlangt, ist daher für einen Schmerzensgeldanspruch bei Verletzungen des Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung eine besondere Schwere der Verletzung oder des Verschuldens vorauszusetzen. Beides ist anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalles zu prüfen. So kann beispielsweise eine Urlaubsbeeinträchtigung bei einem viel beschäftigten Geschäftsmann oder einem Arbeiter, die beide nur über eine sehr beschränkte Anzahl von Urlaubstagen verfügen, als schwerwiegend anzusehen sein, während dies bei einem Studenten oder gar "Playboy" die über weit mehr Urlaubstage verfügen, abzulehnen ist. Bei der Frage nach der Schwere der Beeinträchtigung ist also auch die Menge der dem einzelnen zur Verfügung stehenden Freizeit zu berücksichtigen. Eine vielbeschäftigte Person wird eine Beeinträchtigung ihrer sparsam bemessenen Freizeit viel schwerer treffen als einen "Müßiggänger", so daß bei ihr dementsprechend ein Ersatz des immateriellen Schadens eher angebracht ist. [199]
Selbstverständlich ist besondere Rücksicht auf die Dauer und Intensität der Freizeitsbeeinträchtigung zu nehmen, und auf das Maß des Verschuldens des Schädigers. Das Vorliegen eines auf eine Freizeitsgestaltung gerichteten Vertrages kann insoweit schuldschärfend wirken, als dem Schädiger die Interessen des Geschädigten bekannt und für ihn daher leichter überschaubar waren. Man wird ihm gegenüber leichter den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit erheben als gegenüber einem Unbeteiligten. In dem Spanienreisefall des OLG Frankfurt wird man dem Kläger daher eine billige Entschädigung für die vergeudeten Urlaubstage und für die Tatsache, daß er wahrscheinlich seinen gesamten Resturlaub nunmehr zu Hause verbringen mußte, zubilligen müssen. In dem hier gebildeten "Onkel-Fall" wird man dagegen einen Schmerzensgeldanspruch des Neffen wegen des leichten Verschuldens des Onkels und der dahinterstehenden "guten Absicht" verneinen müssen.

Auch bei der Ermittlung der Höhe des Schmerzensgeldes ist auf alle besonderen Umstände des Falles Rücksicht zu nehmen. Hierzu zählen neben dem Grad des

---

Fortsetzung Fn. 197)
ten Ausmaßes heranzüchten, von schlichten, aber kaum beweisbaren Betrugsfällen ganz abgesehen."

198) S. 354, vgl. ferner Stoll, 45. DJT, S. 143

199) Dies gilt allerdings nicht für den Ersatz des Vermögensschadens

Verschuldens des Schädigers auch die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Teile. [200] Das Verschulden des Schädigers und seine wirtschaftlichen Verhältnisse sind insbesondere für die Zubilligung einer Genugtuung von Bedeutung. Eine Genugtuung wird man bei Verletzungen des Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung dem Kläger aber nur bei besonderer Rücksichtslosigkeit des Schädigers zusprechen können. In der Regel wird er durch einen angemessenen Ausgleich für die entgangenen Freizeitsfreuden bereits voll entschädigt werden. Besondere psychische Nachwirkungen aufgrund der Art und Weise der Verletzungshandlung sind nicht zu erwarten. Nur bei arglistigem Verhalten oder grober Fahrlässigkeit wird der Geschädigte auch einen Anspruch auf Genugtuung haben, weil in dieser Rücksichtslosigkeit zugleich eine den Geschädigten herabwürdigende und kränkende Gesinnung zum Ausdruck kommt.

Auf die Vermögensverhältnisse des Geschädigten wird vor allem bei der Frage nach einem angemessenen Ausgleich für die Freizeitsbeeinträchtigung abzustellen sein. Zwar kann die zugesprochene Geldsumme die Freizeitsbeeinträchtigung weder kompensieren noch rückgängig machen, sie ermöglicht jedoch dem Geschädigten, durch das Geld andere ideelle Interessen zu befriedigen. [201] Mit der zugesprochenen Summe kann sich der Geschädigte andere Annehmlichkeiten und Bequemlichkeiten in seiner folgenden Freizeit leisten und sich dadurch einen Ausgleich für die entgangene Lebensannehmlichkeit schaffen. [202] Welche Annehmlichkeiten und Lebensfreuden aber bei dem Geschädigten überhaupt "kompensierend" wirken können, richtet sich nach seinem gewohnten Lebensstandard, also nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen. [203] Maßgeblich ist hierbei in erster Linie der Verdienst des Betroffenen, jedoch ist er nicht allein ausschlaggebend. So wird man bei einer Hausfrau z. B. nicht von ihrem Haushalts- bzw. Taschengeld ausgehen können, sondern vom Einkommen ihres Mannes. Bei einem Referendar und Studenten sind eventuelle Zuschüsse vom Elternhaus zu berücksichtigen, beim Arbeiter der Verdienst der mitarbeitenden Ehefrau etc. [204] Kann daher der gewohnte höhere Lebensstandard des Verletz-

---

200) Vgl. BGH (GSZ) 6. 7. 55. BGHZ 18/149

201) Vgl. auch OLG Karlsruhe 7. 5. 69, NJW 69, 1488 (1490)

202) BGH 8. 7. 53, NJW 53, 1626: "Maßstab sollte der Geldbedarf sein, der erforderlich ist, um dem Verletzten für die erlittenen Unlustgefühle und entgangenen Lebensfreuden einen Ausgleich durch Gewährung von Daseinsfreuden in eine den Umständen nach noch möglichen anderen Form zu schaffen."

203) Zu der Tatsache, daß der gewohnte höhere Lebensstandard des Verletzten zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes führen kann, vgl. BGHZ 18, 149 (159) (GSZ) vom 6. 7. 55.

204) Diesen kann die Rspr. der Obergerichte z. B. bei der Schmerzensgeldbemessung nicht berücksichtigen.

ten einerseits zu einer Erhöhung des Ersatzes für immaterielle Schäden führen, so ist auf der anderen Seite nicht ausgeschlossen, daß bei besonders günstigen Vermögensverhältnissen die Ausgleichsfunktion völlig zurücktritt. Dies ist etwa der Fall, wenn der Geschädigte sich in so guten wirtschaftlichen Verhältnissen befindet, daß er sich die durch das Schmerzensgeld ermöglichten Annehmlichkeiten sowieso leisten kann und insoweit auf das Geld gar nicht angewiesen ist. In diesen Fällen ist ein Schmerzensgeld nur dann angebracht, wenn dem Geschädigten aufgrund des besonders schweren Verschuldens des Schädigers Genugtuung gegeben werden muß. [205]

Die Bemessung des Schmerzensgeldes hat also stets nach den konkreten Gegebenheiten zu erfolgen. Richtlinien oder gar Tabellen lassen sich nicht aufstellen, die Bemessung muß vielmehr dem Richter überlassen bleiben. Ein Anhaltspunkt mag die im Seereise-Fall zugesprochene Summe von 100, -- bis 200, -- DM sein; [206] denn bereits die unterschiedliche Höhe des Schadensersatzes für Mann und Frau zeigt, daß wir es hier tatsächlich mit einem Ersatz des durch die Urlaubsbeeinträchtigung erlittenen immateriellen Schadens zu tun haben. Es wird sich jedoch stets um verhältnismäßig geringe Summen handeln, die die Höhe der bei Ehrverletzungen ausgesprochenen Schmerzensgeldern bei weitem nicht erreichen werden. [207]

C) Berücksichtigung mittelbarer Freizeitsbeeinträchtigungen

Wie oben festgestellt, schützt das Freizeitsrecht nur vor unmittelbaren Eingriffen in die Freizeitsgestaltung. Die im Rahmen von Eigentumsverletzungen oder durch Nichteinhaltung von Verträgen, die nicht spezifisch eine Freizeitsgestaltung zum Inhalt haben, entstandenen Freizeitsbeeinträchtigungen stellen damit keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar, so daß ein Ersatz des immateriellen Schadens nicht in Betracht kommt. Die Urteile des OLG Bremen [208] und des Kammergerichtes [209] geben jedoch zu der Frage Anlaß, inwieweit

205) BGHZ 18, S. 148, 159 (6. 7. 55) (GSZ)

206) Vgl. Wiese S. 32 Fn. 109

207) Vgl. die Aufstellung bei Lieberwirth S. 53

208) VersR 69, 929 (28. 1. 69) (Ls) s. o. S. 35

209) NJW 70, 474 (10. 10. 69). In dem dort entschiedenen Sachverhalt wurde die Klägerin während eines Kuraufenthaltes von einem Hund gebissen, weshalb der Kurzweck nicht erreicht wurde. Das KG sah deshalb auch den vor dem Biß verbrachten Kuraufenthalt als nutzlose Aufwendung von Urlaub an

aus der Verletzung eines anderen Persönlichkeitsgutes adäquat kausal hervorgegangene (mittelbare) Freizeitsbeeinträchtigungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen sind. Die Frage beantwortet sich aus der festgestellten Einheit und Unteilbarkeit der Persönlichkeit. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Persönlichkeit des Menschen in ihren verschiedensten Ausstrahlungen. Konkretisierte Persönlichkeitsgüter - seien sie normativiert oder aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet - schützen die Persönlichkeit als Einheit. Wird eines dieser Persönlichkeitsgüter verletzt, so liegt ein Eingriff in die Persönlichkeit als Ganzes vor. Der Umfang der Persönlichkeitsverletzung ist daher anhand der gesamten entstandenen immateriellen Schäden festzustellen. Es geht nicht an, bei Gesundheitsverletzung nur die physischen Schmerzen in die Tabelle der Persönlichkeitsverletzungen aufzunehmen und die seelischen Qualen, die Beeinträchtigung der Lebensfreude etc. außer acht zu lassen. Damit würde die Einheit der Persönlichkeit und die damit verbundene Einheit des ideellen Schadens verkannt. [210] Es wäre auch in keiner Weise ersichtlich, welche aus einer Gesundheitsstörung erlittenen immateriellen Schäden ersetzt werden sollten und welche nicht. Genauso wie beim Ersatz des Vermögensschadens von der Einheit des Vermögens ausgegangen wird und nicht zwischen einem beschädigten Haus und entgangenem Gewinn unterschieden werden kann, kann man nicht den einheitlichen idellen Schaden in physische und psychische Schäden etc. aufteilen und die einen ersetzen und die anderen nicht.

Wird daher eine Freizeitsbeeinträchtigung durch die Verletzung eines in § 847 BGB geschützten Persönlichkeitsgutes oder durch die Verletzung eines besonderen oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes adäquat verursacht, so ist sie bei der Höhe des Schmerzensgeldes mit zu berücksichtigen. [211] Da sowohl in dem vom OLG Bremen wie auch in dem vom KG entschiedenen Fall die Urlaubsvergeudung durch eine Körperverletzung verursacht worden war, brauchten diese beiden Obergerichte nicht erst den Urlaub "künstlich zu kommerzialisieren", um den Klägern auch für diese Freizeitsbeeinträchtigung einen Schadensersatzanspruch zuzubilligen. Sie hätten diese vielmehr bei der Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigen können, wobei auch die Verwendung des Verdienstes als Maßstab für die Höhe des Schadens zulässig gewesen wäre.

Fortsetzung Fn. 209)
und sprach der Klägerin eine Schadensersatzsumme in Höhe des Arbeitsverdienstes, den sie während dieser Zeit erzielt hätte, zu.

210) Stoll S. 133

211) Stoll S. 133; Hubmann S. 260; Mammey NJW 69, 1150 m. w. N.

Den Entscheidungen des OLG Bremen und des KG kann daher im Ergebnis zugestimmt werden, wenngleich die Begründungen nicht überzeugen. Auch in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall würde nach der hier vertretenen Meinung ein Schadensersatzanspruch für die erlittene Freizeitsbeeinträchtigung in Form eines Schmerzensgeldes wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf ungestörte Freizeitsgestaltung bejaht werden. Dabei wäre jedoch zu berücksichtigen, daß der Kläger nicht nur die fünf für die An- und Abreise benutzten Urlaubstage vergeudet hat, sondern er darüberhinaus seinen gesamten Urlaub nicht an der sonnigen Küste Spaniens verbringen konnte, sondern wahrscheinlich zu Hause bleiben mußte. Der immaterielle Schaden des Klägers war daher höher anzusetzen. Im übrigen ist es in keiner Weise gerechtfertigt, nur dem Kläger einen Schmerzensgeldanspruch zuzubilligen und seine Ehefrau leer ausgehen zu lassen. Der Vertrag begründete vielmehr auch ihr gegenüber eine Garantenstellung, so daß auch ihr ein Schmerzensgeldanspruch zuzusprechen wäre.

Der Entscheidung des LG Hamburg [212] kann allerdings auch im Ergebnis nicht beigetreten werden. Bei ihr handelt es sich indes nur um eine konsequente Weiterführung der fehlerhaften Rechtsprechung der Obergerichte. Einer Rechtsprechung, die - abgesehen von ihrer dogmatischen Unzulänglichkeit - für sich nicht einmal in Anspruch nehmen kann, zu billigen und gerechten Ergebnissen zu kommen. Inwieweit nämlich Schüler, Studenten und nichtberufstätige Hausfrauen mangels "Arbeitsverdienstes" keinen Schadensersatz für ihre Freizeits- bzw. Urlaubsbeeinträchtigungen erhalten sollen, ist nicht einzusehen. Sollte das Beispiel des LG Hamburg Schule machen, so sehen wir uns einer Flut von Prozessen wegen Urlaubsvergeudung gegenüber, deren Folgen nicht zuletzt die Allgemeinheit in Form von erhöhten Kraftfahrzeugversicherungsprämien zu tragen haben wird. [213]

212) VersR 68/1197, vgl. oben S. 2 Fn 12

213) Heldrich NJW 67, 1737 (1740)

ZUSAMMENFASSUNG

Die Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1) Freizeitsbeeinträchtigungen und Freizeitsvergeudungen können nur in seltenen Fällen durch Naturalrestitution ausgeglichen werden.

2) Die Freizeit selbst ist ein immaterielles Gut. Im Falle ihrer Beeinträchtigung liegt auch dann kein Vermögensschaden vor, wenn sie durch Vermögensaufwendungen erkauft wurde.

3) Die Freizeit ist heute für den weitaus größten Teil der Bevölkerung die einzige Chance, ihre Persönlichkeit zu entfalten. In ihrer kompensatorischen Funktion erlaubt sie es dem einzelnen vor allem,seinen sozialen Achtungsanspruch und sein Geltungsstreben durch Begründung eines angemessenen Sozialprestiges durchzusetzen. In ihrer komplementären Funktion ermöglicht sie dem einzelnen die Entwicklung seiner (inneren) Persönlichkeit.

   Zum Schutze dieses Potentials ist daher ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf ungestörte Freizeitsgestaltung anzuerkennen. Dieses schützt das Individuum vor unmittelbaren, d. h. "freizeitsbezogenen" Störungen seiner Freizeitsgestaltung. Seine Grenzen findet dieses Recht an den subjektiven Rechten Dritter, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Gemeinschaftsprinzip.

   Die Rechtswidrigkeit einer Verletzung dieses Persönlichkeitsrechtes ist mittels einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung festzustellen. Steht die Rechtswidrigkeit fest, so hat der Verletzte einen Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch.

   Bei Verschulden des Schädigers kann der Verletzte seinen Vermögensschaden nach § 823 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen. Seinen immateriellen Schaden kann er nur bei einer besonders schweren Verletzung seines Rechtes auf ungestörte Freizeitsgestaltung verlangen.

LEBENSLAUF

Am 2. Januar 1945 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Fritz Landwehrmann und seiner Gemahlin Margit, geb. Mollier, in Bad Pyrmont geboren. Am 4. Februar 1964 legte ich an der Otto-Kühne Schule in Bad Godesberg die Reifeprüfung ab. Nach zwei sich anschließenden Studiensemestern in Freiburg/Brsg. setzte ich ab SS 1965 mein Jurastudium in Münster fort. Am 19. Oktober 1968 bestand ich beim Justizprüfungsamt in Hamm die erste juristische Staatsprüfung mit der Note gut.

Am 1. November 1968 begann ich den Vorbereitungsdienst als Referendar. Seit dem 1. 1. 69 bin ich zugleich als wissenschaftliche Hilfskraft im Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Münster tätig.